

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LE CONCUBINAT

DROIT FRANÇAIS

DE

L'ALIÉNATION DE LA DOT

Permise par le contrat de mariage

ET DU REMPLOI SOUS LE RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 23 février 1895, à 1 heure

Par **Joseph DUVAL**

Président : M. BOISTEL, professeur.

Suffragants :

{	MM. JOBBÉ-DUVAL,	{ professeurs.
	LE POITTEVIN,	
	CUQ,	

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, EDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1895

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LE CONCUBINAT

DROIT FRANÇAIS

DE

L'ALIÉNATION DE LA DOT

Permise par le contrat de mariage

ET DU REMPLOI SOUS LE RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 23 février 1895, à 1 heure

Par **Joseph DUVAL**



Président : M. BOISTEL, professeur.

Suffragants :

{	MM. JOBBÉ-DUVAL,	{ professeurs.
	LE POITTEVIN,	
	CUQ,	

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, EDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1895

A MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

LE CONCUBINAT

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

La loi moderne a fait du mariage le principal pour ne pas dire l'unique fondement de la famille. Hors de là, toute union de l'homme et de la femme est une faute ; si elle n'est pas punie par le code elle est blâmable aux yeux du monde.

Les Romains n'ont pas connu cette unité de conception de la société conjugale. Elle eût été difficilement réalisable avec les idées élevées mais étroites qu'ils avaient sur le mariage. Chez eux les *justæ nuptiæ* étaient une forme de l'union des sexes, le concubinat en fut une autre. Selon les circonstances on optait entre les deux. Ni l'une ni l'autre n'avaient en soi rien de reprehensible,

ni de déshonorant. Il n'est pas rare en effet de rencontrer dans les vieilles inscriptions des tombeaux Romains, à côté du nom du défunt, celui de ses bâtards et de sa concubine. Et Lampride nous apprend qu'Alexandre Sévère, prince d'une moralité non douteuse, voulut que chaque gouverneur de province reçut en partant aux frais du trésor public tout ce qui lui était nécessaire, « des habits de cérémonie, une certaine somme d'or et d'argent, des chevaux, un cocher, un cuisinier, et s'il n'était pas marié une concubine : *« quoniam sine his esse non possunt »* (1).

La société antique, on le voit, avait sur les questions de bienséance et d'honnêteté mondaine des idées sensiblement différentes des nôtres. Chez nous le concubinage est flétri et réprouvé par l'opinion, on le cache comme un désordre ; le législateur le voit avec défaveur, il le supprimerait si cela lui était possible. A Rome loin de vouloir sa suppression, il l'encourage. Il recommande au citoyen qui veut s'unir à une de ses affranchies de ne pas l'épouser, mais de la prendre comme concubine (2). Ce sera plus honorable pour lui. Le concubinat nous apparaît ainsi comme un mariage d'espèce inférieure, conseillé, commandé même par la loi entre personnes de condition disproportionnée. Ce n'est pas une flétrissure, ce n'est pas non plus une union honorée. La concubine ne partage ni la considération de l'épouse, ni la honte de la prostituée ; elle occupe entre les deux une situation intermédiaire.

1. Lampride. Alexandre Sévère, 42.

2. L. 2. Pr. D. Liv. 25, tit 7.

Quant à l'homme, il n'y a rien de déshonorant pour lui à prendre une concubine, elle s'avoue aussi bien qu'une épouse.

Pour expliquer un état de mœurs si contraire au nôtre, on a justement remarqué que les Romains ne connaissant guère les salons, les femmes n'avaient pas alors sur la formation de l'opinion publique l'influence qu'elles exercent de nos jours (1).

Il y a, croyons-nous, d'autres raisons au contraste que la société antique présente sous ce rapport avec nos sociétés modernes. Les Romains avaient poussé très loin le souci des mésalliances. Ce qui est ordinairement laissé à l'initiative des particuliers : se choisir une épouse à son gré, était chez eux l'objet d'une réglementation légale. Voulant faire du mariage une union enviée, honorable, ils l'avaient placé très haut. L'accès en était difficile. On avait multiplié d'une façon exagérée les obstacles d'ordre social et politique, si bien que le citoyen en prenant une concubine obéissait souvent moins à son bon plaisir qu'au caprice du législateur. Comment eût-il pu encourir la censure de l'opinion ? La loi elle-même ne le poussait-elle pas au concubinat en lui interdisant le mariage ? Si les unions irrégulières sont si blâmables aux yeux de notre civilisation contemporaine, c'est que le mariage étant généralement ouvert à tous, il ne peut y avoir de motifs sérieux pour préférer une union fragile à une union solide. Lorsque les parties ont deux moyens de se lier ensemble, l'un indissoluble, ou difficilement résoluble,

1. Accarias. *Précis de droit romain*, tome I, p. 252, note.

l'autre instable, facile à rompre, et qu'elles préférèrent le second, il est permis de leur supposer une affection peu durable et des intentions libertines. Mais cette présomption doit tomber si la loi elle-même a rendu leur choix impossible en leur fermant arbitrairement la voie du mariage. Nous verrons que c'est précisément ce qui eût longtemps lieu à Rome dans un grand nombre de cas.

Assez tard, il est vrai, on réagit contre ces tendances primitives parce qu'on les sentait mauvaises. Le nombre des empêchements au mariage diminua progressivement. Il semble qu'alors le concubinat n'ayant plus de raison d'être, ceux qui le préférèrent aux *justæ nuptiæ* dussent encourir la mésestime publique. Il n'en fut rien, et la raison en est facile à comprendre.

Le niveau moral avait à cette époque considérablement baissé. Le mariage lui-même n'était plus une association qui doit durer toute la vie, le « *consortium omnis vitæ* » des premiers temps. En fait, il était aussi fragile, aussi éphémère que le concubinat; on y entrait sans plus de cérémonie, on en sortait avec une égale facilité. Pourquoi l'eût-on préféré? A une époque où les femmes comptaient les années « non plus par le nombre des consuls mais par celui de leurs maris », on devait faire assez peu de différence entre les deux formes de l'union des sexes et s'il eut fallu établir une comparaison, peut-être n'eût-elle pas toujours été en faveur des *justæ nuptiæ* (1). A côté de ces épouses, dont parle Juvénal, se donnant successivement à huit maris différents dans le court

1. Voy. Sénèque, *De Benef.*, III, 16.

espace de cinq années on eût sans doute rencontré des concubines honnêtes et fidèles. Ce qui fait l'honneur, la sainteté du mariage ce n'est pas tant le cérémonial plus ou moins solennel de la célébration, que la sincérité, la constance de l'affection des époux. Or, cette affection était alors quelquefois plus sincère et plus durable dans le concubinat que dans les *justæ nuptiæ* qui tendaient à devenir une véritable spéculation.

Grâce à ces habitudes dissolues des derniers siècles de la République, au discrédit qui avait fini par tomber sur le mariage, l'union tolérée prit une large place à côté de l'union légitime. Auguste ne fit que consacrer un état de choses depuis longtemps existant en lui donnant un « *nomen* ». Voulut-il ainsi la soustraire simplement aux peines portées par la législation nouvelle contre certaines moins illicites appelées *stupra* ? Ou bien en faire une sorte de mariage inférieur, un pendant des *justæ nuptiæ* ? Les interprètes sont en désaccord sur ce point. D'après les uns, le concubinat après la réforme caducaire ne cessa pas d'être un fait indifférent, extra-légal. Suivant les autres, il devint une espèce de mariage d'intention, un *semi-matrimonium* assez comparable au mariage morganatique usité dans certains pays d'Allemagne. Il y a à notre avis quelque exagération dans les deux systèmes. Le concubinat, nous semble-t-il, prit un caractère juridique à partir des lois caducaires ; il fit son entrée dans le domaine du droit : « *Concubinatus per leges nomen assumpsit.* » Mais il faut se garder d'attribuer à cette reconnaissance légale des effets trop étendus, analogues à ceux produits par les *justæ nuptiæ*. La théorie du concu-

binat ne fut pas ainsi organisée de toutes pièces en un jour. Elle resta longtemps flottante, en état d'évolution, suivant cette marche du droit romain vers un perfectionnement continu. Si Auguste, un peu malgré lui peut-être, en fit une forme régulière des rapports sexuels, cette consécration fut plutôt nominale que réelle. Il est assez vraisemblable de penser qu'il n'y attacha aucun effet civil dans la crainte d'en faire une institution rivale des *justæ nuptiæ*. La concubine tint la place de l'épouse, mais elle fut loin d'en avoir les prérogatives. Quant aux enfants leur situation resta longtemps précaire. Ce n'est guère qu'à l'époque de Constantin qu'on aperçoit un lien légal les rattachant à leur père. Avant il n'existe entre eux et leur auteur paternel, ni droits, ni obligations ; ils sont étrangers l'un pour l'autre.

Avec le christianisme cet état de choses se modifie encore : le concubinat entre dans une phase nouvelle. Un instant l'Église semble le reconnaître, puis n'ayant pu le discipliner, elle finit par le combattre. La loi civile qui à cette époque se modèle le plus souvent sur les décisions canoniques porte le reflet de ces tendances contraires.

Enfin neuf cents ans après Jésus-Christ, Léon le Philosophe supprime ce genre d'union comme contraire à la morale chrétienne et déclare illicite toute conjonction de l'homme et de la femme formée en dehors du mariage.

Le *concubinatus*, on le voit, traversa trois étapes successives : la première depuis ses origines jusqu'aux lois caducaires ; la seconde des lois caducaires à Constantin ;

la troisième de Constantin à Léon-le-Philosophe. Nous les parcourrons successivement.

Toutefois étant obligé de limiter le cadre de notre étude, nous insisterons particulièrement sur la seconde qui a soulevé le plus de difficultés.

PREMIÈRE PÉRIODE

Le concubinat depuis ses origines jusqu'à Auguste.

SOMMAIRE : Le mariage dans le vieux droit romain. — Son caractère religieux. — Empêchements de nature sociale ou politique. — Patriciens et Plébéiens. — Ingénus et affranchis. — Le concubinat seul mode d'union possible avec les femmes de naissance obscure ou de moralité suspecte. — La concubine est une maîtresse ordinaire. — Condition des enfants issus du concubinat. — Le concubinat persiste même après la diminution du nombre des empêchements au mariage.

Dans les idées romaines primitives, le mariage ne fut pas seulement l'association des deux êtres s'unissant dans un sentiment d'affection mutuelle pour le bonheur et les peines de la vie, mais un acte d'un caractère essentiellement religieux, établissant entre les époux des rapports sacrés. Chaque famille avait alors ses dieux, ses rites, ses autels. Les membres défunts étaient l'objet d'un culte particulier; on les vénérât comme des divinités. A certaines époques de l'année la famille se réunissait pour apporter le vin et le miel sur leurs tombeaux. Les poètes et les littérateurs nous ont décrit ces rites touchants des cérémonies funèbres : ils avaient aux yeux des Romains une importance capitale. C'était en effet une croyance généralement admise à cette époque que les ancêtres ne pouvaient être heureux qu'autant qu'il se trouverait un membre de la famille pour offrir à leurs mânes les sacri-

fices et les libations. Sans cela ils seraient devenus des génies dangereux et malfaisants. Il importait donc doublement d'accomplir les rites des tombeaux. Aussi le mariage était-il pour le citoyen un devoir sacré. En assurant la perpétuité de sa race, il assurait par cela même la perpétuité de son culte. Pour la jeune fille ce n'était pas un acte moins important. En se mariant elle quittait son père, sa mère, son foyer. Elle devenait l'associée du culte de son époux et l'idée de religion établissait entre eux une indivisibilité absolue d'existence.

C'est assurément à cette conception élevée des justes noces que se rapporte cette définition donnée par les jurisconsultes de l'époque classique bien qu'elle ne fut plus alors qu'une réminiscence de coutumes primitives. « Le mariage est une union de l'homme et de la femme, une fusion de leurs intérêts civils et religieux qui doit durer autant que la vie : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et femine, consortium omnis vite, divini et humani juris communicatio* ». Cette association des intérêts civils et plus encore des intérêts religieux était de l'essence du mariage ancien ; elle supposait que les époux occupaient dans la hiérarchie sociale une égale situation.

Pour être élevée, cette conception de *justæ nuptiæ* n'en n'était pas moins étroite ; elle fermait l'accès du mariage à un grand nombre de personnes. Un patricien n'eût pu épouser une plébéienne ni un ingénu une affranchie. Les différentes classes de la société étaient ainsi parquées et séparées par une barrière infranchissable ; en leur interdisant de s'allier entre elles, la loi rendait toute fusion impossible.

Il dut cependant arriver qu'un patricien s'éprit d'une plébéienne ou un ingénu d'une affranchie, la loi lui interdisant de s'unir à elle en justes noces, il en faisait sa concubine. Telle fut vraisemblablement l'origine du concubinat. Les patriciens mirent un soin jaloux à conserver leur sang pur de toute mésalliance et lorsque sous l'influence grandissante de la plèbe un plébiscite rendu à l'instigation du tribun Canuleius (an de Rome, 509) eut renversé l'obstacle légal, leur orgueil blessé lui en substitua un autre non moins profond. « Quelles suites funestes, écrit Tite-Live, n'entraî-
« neraient point les innovations monstrueuses de Canu-
« leius? Un bouleversement général dans les familles,
« dans les auspices publics, dans les auspices privés.
« Dans ces unions monstrueuses chacun ignorera ce
« qu'il est, le sang dont il sort, les sacrifices auxquels
« sa naissance l'appelle; on en fera un être moitié patri-
« cien, moitié plébéien, un espèce de monstre composé de
« parties discordantes » (1).

En fait la race patricienne eût toujours de la répugnance à admettre au culte des *sacra*, une femme de rang inférieur. Ce que la loi permettait, continua d'être défendu par les mœurs, l'orgueil de caste, le respect de l'opinion publique. Entre ingénus et affranchis l'empêchement subsista plus longtemps encore. Tite-Live raconte que le consul Posthumius accorda à l'affranchie Hispala Fecenia la faveur exceptionnelle d'épouser un ingénu qu'elle aimait pour la récom-

1. Tite-Live, IV, 2.

penser d'avoir dénoncé les mystères des Bacchanales. L'obstacle à l'union légitime des deux classes fut seulement supprimé par les lois *Julia* et *Pappia Poppæa*.

Le concubinat, on le voit, semble être né de l'inégalité des conditions sociales. Le Romain prenait comme concubine la femme qu'il lui eût été peu honorable d'avoir pour *uxor*, ou que la loi lui interdisait d'épouser. Jusqu'à Auguste ce genre d'union étranger aux prévisions du législateur ne produisit aucun effet civil. Cicéron et Plaute nous parlent de la concubine comme d'une maîtresse ordinaire (1). En fait cependant, le concubinat était susceptible d'abriter une affection sincère et constante. La continuité des relations qu'il engendre devait assigner à la concubine un rang à part dans l'estime publique et la placer au-dessus des femmes avec lesquelles on entretenait des rapports furtifs, passagers. Aussi tandis que ces dernières étaient communément désignées sous le nom de « *pellices* », « *amicæ* » lui réservait-on plus spécialement le titre plus honorable de « *concubina* ». C'était là, à vrai dire, une différence purement nominale, sans importance juridique. Au point de vue du droit le concubin et la concubine étaient aussi étrangers l'un pour l'autre qu'ils peuvent l'être de nos jours. Leur union, simple union de fait, n'était pas encore un « concubinat » au sens qui fut plus tard attaché à ce mot, mais un vulgaire concubinage.

Quant aux enfants issus de cette liaison, rien ne les distinguait à l'origine des autres enfants naturels. Leur

1. Cicéron : *De Oratore*, I, 40. Plaute : *Epid.* Acte III. Scène IV, vers 33 et 34.

naissance les ayant placés en dehors de la *patria potestas* que seules engendraient les *justæ nuptiæ*, aucun lien civil ne les rattachait à leur père. Ils n'avaient envers lui ni droits ni devoirs. Rejetés de la famille telle que les Romains l'avaient primitivement conçue, ils ne jouissaient d'aucune des prérogatives attachées à l'agnation et se trouvaient privés notamment des droits de tutelle et de succession.

Il serait exagéré cependant de considérer le bâtard comme un abandonné dans la société antique et de ce qu'aucun lien ne le rattachait à son père, il n'en faudrait pas conclure qu'il fut absolument sans appui.

Bien qu'il ne fit pas partie de la gens de sa mère, il portait son nom, et il est permis de supposer qu'il était loisible à celle-ci de le placer sous la protection du chef de la maison ou de son tuteur à titre de client (1). De plus, il se rattachait à elle en qualité de cognat et jouissait des avantages attachés à la cognation. A l'origine, sans doute, ces avantages étaient bien minimes puisque nous voyons les droits les plus importants, les droits pécuniaires, exclusivement réservés aux agnats. Mais avec le temps sous l'influence des mœurs, du mouvement philosophique, on finit par reconnaître certains effets à la parenté naturelle. Le jour où le prêteur permit aux enfants de venir à la succession maternelle par la *bonorum possessio unde cognati*, cette faveur appartint au bâtard comme au légitime.

Ces droits de famille n'étaient pas les seuls que puisse faire valoir l'enfant naturel. Suivant que sa mère se trou-

1. Cuq. *Institutions juridiques des Romains*, Page 176.

vait affranchie ou ingénue au jour de l'accouchement, il naissait lui-même affranchi ou ingénu et avait l'exercice des droits attachés à cette condition. La qualité de citoyen romain, lorsqu'il était en état de l'invoquer, lui conférait des prérogatives importantes particulièrement le droit d'acquérir le *dominium ex jure Quiritium* et de se créer en contractant des *justæ nuptiæ* cette famille civile dont la rigueur des lois l'avait privé.

Au point de vue politique le bâtard ordinairement sans fortune et sans appui dût parvenir avec peine à s'élever bien haut dans une société aristocratique comme la vieille société romaine. Il semble pourtant qu'aux yeux de la loi l'irrégularité de sa naissance ne fût pas une cause d'infériorité sociale.

C'est ainsi qu'il jouissait en principe du *jus honorum*. Mais ce droit lui procura peu d'avantages, tant qu'il fallut être petit fils d'ingénu pour avoir accès aux magistratures publiques. C'est seulement sous l'Empire que nous voyons des enfants illégitimes exercer les fonctions de questeur, de préteur, d'édile et le fils d'une concubine s'asseoir sur le trône des Césars (1).

Le bâtard avait également le *jus suffragii* (2). Ce droit de suffrage était-il amoindri en sa personne et se trouvait-il relégué pour l'exercer dans les tribus urbaines? On l'a prétendu. Mais l'opinion contraire semble résulter avec assez de vraisemblance d'un examen attentif des monuments épigraphiques.

1. Constantin. Voir Zozime, II, 8.

2. Mispoulet : *Etude sur le nom et la condition de l'enfant naturel*. *Nouv. Revue Hist.*, 1885, p. 298 et suiv.

En effet, sur vingt et une inscriptions relevées par M. Mispoulet, sept rangent les enfants naturels dans les tribus rustiques. Ils paraissent n'avoir occupé une place à part dans le corps électoral que lorsqu'ils étaient affranchis. On les assimilait alors aux autres *libertini* et on leur assignait en général une tribu urbaine.

Le concubinat se maintint longtemps ainsi à l'état de coutume, dépourvu de toute existence légale. Il survécut à l'abolition progressive des empêchements au mariage d'ordre social ou politique qui l'avaient fait naître. Ces empêchements du reste ne disparurent pas entièrement, il en subsista quelques vestiges. Ainsi, même après Auguste, il continua d'être défendu aux citoyens de l'ordre sénatorial d'épouser des comédiennes, des affranchies, des prostituées. Il fut également interdit aux ingénus d'épouser une entremetteuse, une affranchie d'entremetteur ou d'entremetteuse, une femme surprise en adultère, une comédienne, une femme condamnée par le Sénat ou dans une instance publique, en un mot toute femme notée d'infamie (1).

Ces différentes prohibitions avaient leur raison d'être. Comme on l'a justement remarqué, Auguste qui affectait de flétrir et de réprimer la débauche, qui se posait en protecteur de la famille, et promettait de lui rendre la considération à laquelle elle a droit, ne pouvait pas admettre au sein de cette famille régénérée les femmes qui en sont les ennemies les plus dangereuses; il ne pouvait pas honorer du titre d'*uxores*, celles que les lois, la coutume

1. Ulpien XIII, § 2, XVI, 2.

et les mœurs, marquaient du sceau de l'infamie (1).

A toutes ces personnes auxquelles pour une cause ou pour une autre le mariage demeurait interdit, il restait un autre genre d'union d'accès libre et facile : le concubinat. Il fut le refuge de celles qui ayant déjà failli ne pouvaient plus se donner en justes noces ou dont la naissance, la profession, faisaient redouter des écarts de conduite.

Mais il faut bien le reconnaître, ces obstacles légaux n'étaient pas la source la plus féconde des unions concubinaires. On prenait une femme comme concubine non plus seulement parce que la loi défendait de la prendre comme épouse, mais parce que le concubinat était la garantie d'une vie facile, propice aux inclinations changeantes. A cette époque où le luxe, la mollesse avaient remplacé la simplicité primitive des vertus romaines, il devenait moins aisé d'élever selon sa condition une nombreuse famille. Beaucoup reculaient devant cette perspective et pour s'affranchir des charges et des soucis inhérents au mariage, restaient célibataires ou contractaient une de ces liaisons qu'un caprice noue et dénoue. A la fin de la République sous l'action dissolvante des mœurs, le nombre des unions concubinaires s'accrut dans une proportion telle qu'il devint nécessaire de les régler. Ce fut l'œuvre d'Auguste. Nous allons examiner le caractère de son intervention.

1. Pilette : Lettre à M. de Rozière. *Revue historique de droit*, année 1865.

DEUXIÈME PÉRIODE

Le concubinat depuis Auguste jusqu'à Constantin.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DU CONCUBINAT.

SOMMAIRE. — Les lois Julia et Pappia Poppœa reconnaissent le concubinat. — Pourquoi ces lois furent votées. — Décadence des mœurs au commencement de l'Empire. — Décroissance de la population. Remèdes proposés par Auguste. — Peines portées contre les unions criminelles. — Encouragements donnés à la procréation légitime. — Incapacité des célibataires. — Consécration du *Concubinatus*. — Caractère de cette reconnaissance. — Le concubinat reste-t-il un fait extra légal ou devient-il un mariage de second ordre ? — Opinion de M. Gide. — Les lois ont donné un nom au concubinat pour le distinguer des unions délictuelles et des *justæ nuptiæ*. — L'existence du titre *de concubinis* et le langage employé par les jurisconsultes semblent démentir cette opinion. — Réponse aux objections des partisans du premier système. — Comment Auguste a pu reconnaître le concubinat tout en favorisant le mariage. — Côté moral de cette reconnaissance. — Défense d'avoir une *uxor* et une concubine. — Le concubinat privé d'effets civils à l'origine, suit la marche progressive commune à une foule d'institutions romaines et se forme graduellement.

Le concubinat, nous dit le jurisconsulte Marcien, reçut un nom des Lois : « *Concubinatus per leges nomen assumpsit* » (1)... La majorité des interprètes sont d'avis qu'il s'agit ici des lois caducaires. C'est à peu près le seul point sur lequel on soit d'accord en cette importante matière. Et le laconisme du fragment de Marcien a suscité une vive discussion parmi les auteurs sur le caractère qu'il convient d'attribuer à la réforme augustéenne. La nature du concubinat fut-elle changée par les lois Julia et Pappia Poppœa? Simple union de fait auparavant, devint-il un mode d'union légale? La négative est soutenue par un premier système. S'il faut en croire ses partisans, Auguste en donnant un nom au *concubinatus* n'a pas entendu en faire une institution rivale des *justæ nuptiæ*, il a simplement voulu le soustraire aux pénalités portées par les lois Nouvelles. D'après un second point de vue, au contraire, notre union prit à partir des lois caducaires une existence légale et produisit des effets civils réglés par la jurisprudence. Ce ne fut plus un simple concubinage au sens moderne du mot, mais une sorte d'hémigamie, de mariage morgantique, un semi-matrimonium comme l'a appelée le grand Cujas. Entre ces deux théories aux tendances opposées il y a peut être place pour une opinion intermédiaire. Le concubinat à notre avis fut réglementé par les lois Julia et Pappia Poppœa, mais tout en le consacrant elles n'y attachèrent aucun effet civil.

Avant de passer à l'examen des textes, il n'est pas inu-

1. Loi 3, § I. *De concubinis*. Dig. 23, 7.

tile, croyons-nous, de rappeler l'économie de ces lois fameuses et le but poursuivi par Auguste en les promulguant.

A la fin de la République et dans les premiers siècles de l'Empire, à la suite des guerres d'Asie, le monde romain avait été envahi par une effrayante corruption. Les mœurs s'étaient affinées. La vieille famille romaine, dont la religion avait été le principe constitutif, se désagrégeait et se dissolvait sous l'influence du scepticisme. Plus de respect, plus de fidélité dans le mariage : le divorce était de mode (1), l'adultère s'affichait au grand jour (2). Le flot montant de la corruption grandissait avec la génération nouvelle et menaçait de tout envahir. Il devait en être ainsi. La jeune fille qui avait connu plusieurs maris à sa mère pouvait-elle apporter en se mariant l'espoir que ce fût pour la vie ? Elle subissait naturellement l'influence du milieu malsain dans lequel elle avait vécu, et Martial a pu dire sans trop d'invraisemblance qu'à son époque une bonne épouse est devenue plus rare que le corbeau blanc. Aussi en était-on arrivé à considérer le mariage comme une véritable calamité. On le désertait pour des unions plus faciles, passagères. Le résultat ne se

1. Les plus hauts personnages donnaient l'exemple : César et Antoine se marièrent quatre fois ; Sylla et Pompée cinq ; Tullie, fille de Cicéron, trois fois. Martial parle d'une femme qui eût jusqu'à dix maris (Martial, VI, 7).

2. Tacite. *Hist.*, I, 2. *Pollutæ cæremoniæ, magna adulteria...* Et Sénèque. *De beneficiis*, III, 16 : « *Numquid jam ullus adulterii pudor ?... Horum delictorum jam evanuit pudor postquam res latius evagata est.* »

fit pas attendre. La population romaine déjà si éprouvée par les guerres interminables de la République, les luttes de parti, les proscriptions, subit une décroissance progressive. L'empire qui regorgeait d'esclaves, de gladiateurs et de courtisanes, allait manquer de citoyens ! A ce péril menaçant il était urgent de porter remède. On le chercha dans une nouvelle législation.

Les lois *Julia de adulteriis* (an de Rome 736 ou 737) et *Julia de maritandis ordinibus* (an de Rome 757) furent successivement promulguées. Leur froid examen mieux encore que le témoignage des écrivains de l'époque nous révèle la profondeur du mal.

La société romaine était alors rongée par deux grandes plaies : le libertinage et le célibat. Le premier fut puni de peines sévères (1). Tout commerce avec une matrone en dehors des *justæ nuptiæ* devint un délit « un *stuprum* ». « Gardez-vous des matrones, disait Horace, aux Romains de son temps, leur conquête est dangereuse : *Tutior at quanto merx est in classe secunda* (2). Avec ces femmes de seconde classe, en effet, comédiennes, entremetteuses, prostituées, tout demeurerait permis, c'était la part faite par la politique d'Auguste au libertinage. Ne pouvant étouffer le mal, il avait essayé de le circonscrire.

En même temps qu'il flétrissait la débauche, l'empe-

1. *Inst.* IV, 18. *De publicis judiciis*, § 4. *Lex Julia de adulteriis coercendis... Temeratores a linearum nuptiarum gladio punit... Eadem lege Julia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem, vel viduam honeste viventem stupraverit.*

2. Horace. *Satires*, I, 2. V. 94.

neur n'oublia rien pour réhabiliter le mariage et lui rendre son ancien prestige : suppression des empêchements entre patrons et affranchies, obstacles au divorce, peines contre la séduction et l'adultère. Tout fut inutile. Dion raconte que vers la fin de son règne ayant rassemblé les chevaliers romains et séparé les célibataires des gens mariés il fut effrayé du petit nombre de ces derniers. Il ne suffisait plus de permettre le mariage, il fallait l'imposer. L'empereur trouva moyen de le faire. L'an de Rome 762 la loi Pappia Poppæa fut votée ; elle était destinée à compléter la loi *Julia de maritandis ordinibus* dont elle reproduisait la plupart des dispositions. Ces deux lois réunies ensemble sont ordinairement désignées sous le nom de *Leges cadu-cariae*, *Leges novæ*, ou plus simplement *Leges*.

Elles frappaient les « *cœlibes* » et les « *orbi* » (2). Tout célibataire, à moins que ce ne fût un ascendant ou un descendant du défunt au troisième degré, ne pouvait rien recevoir de lui par testament ou *ab intestat*. Et on considérait comme tels tout homme qui ayant plus de 25 ans et moins de 60, toute femme qui ayant plus de 20 ans et moins de 50 n'étaient pas mariés. Si leur mariage venait à se dissoudre, la femme avait un an pour contracter une nouvelle union, l'homme devait le faire de suite. Du reste, il ne suffit pas d'être marié, la loi exige des enfants. Celui qui en est privé, « *l'orbis* » ne peut

2. Le « *cœlebs* » était une personne non mariée ; *l'orbis* une personne mariée mais sans enfants. Un délai de cent jours était accordé à partir de l'ouverture du testament pour se mettre en règle avec la loi.

recueillir que la moitié des dispositions faites à son profit ; sa part caduque est attribuée à ses cohéritiers mariés et pères de famille ou à leur défaut au fisc. En punissant le célibat le législateur récompensait ainsi le mariage et la paternité légitime.

Nous n'avons pas à examiner ici les résultats de cette réforme. S'il faut en croire Tacite et Suétone, ils furent déplorables. On se maria au dire de Plutarque, non plus pour avoir des héritiers, mais des héritages. Et ces alliances contractées à la hâte, sans choix, sans affection, loin de raffermir le lien conjugal, achevèrent de l'ébranler. Les unions se nouaient et se dénouaient fort allègrement et le nombre des divorces s'accrut dans une proportion telle que Martial peut dire avec quelque raison : se marier aussi souvent ce n'est plus se marier, c'est être adultère avec l'agrément de la loi. « *Quæ nubit toties non nubit, adultera lege est !* » Chose plus étonnante encore on vit des dames romaines, des femmes et des filles de sénateur, se promener dans les rues de Rome avec la tunique des courtisanes et solliciter leur inscription sur le registre des prostituées pour éviter les peines portées contre les matrones adultères (1) !

Mais si les lois caducaires eurent ces conséquences mauvaises, elles avaient été inspirées par un sentiment très louable. C'est ce qu'il nous importe de retenir. Auguste voulait épurer la famille ; pour cela il ouvrit

1. Suétone. Tibère, 35. *Feminae famosæ, ut ad evitandas legum pœnas jure ac dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperant.*

Et Tacite, *Ann.* II, 85.

largement la voie au mariage qui en est le fondement le plus solide. Il punit les unions criminelles et récompensa les unions légitimes. Or, en dehors des *justæ nuptiæ* et du *stuprum*, il y avait une autre forme des rapports sexuels, indifférente jusque-là aux yeux de la loi : le concubinat. Les restrictions apportées primitivement au mariage l'avaient fait éclore, les habitudes dissolues de la fin de la République avaient contribué à le développer ; il s'était glissé dans les mœurs. Au commencement de l'Empire, son extension était telle qu'il dût attirer l'attention du législateur. Nous avons vu qu'en effet les lois Julia et Pappia Poppæa lui donnèrent un nom.

Voulurent-elles ainsi lui reconnaître une existence juridique et en faire un pendant du mariage ?

Voulurent-elles, au contraire, le mettre simplement en dehors des unions délictuelles et le soustraire aux peines portées contre le *stuprum* ? Il est temps d'aborder l'examen de cette importante question.

1

On était généralement d'accord pour voir dans le *concubinatus* un mariage d'espèce inférieure et la controverse semblait même éteinte, lorsque dans un remarquable mémoire, présenté à l'Académie des Sciences morales et politiques, M. Gide a rouvert le débat en apportant en faveur de l'opinion contraire des arguments nouveaux d'une grande ingéniosité (1). D'après l'èmi-

1. Voy. *Nouvelle Revue historique*, année 1880, p. 377 et suiv.

nent professeur de la Faculté de Droit de Paris, les rapports avec une concubine ne furent pas à Rome autre chose que ce qu'ils sont de notre temps : un simple fait dépourvu de tous effets civils, un « concubinage ».

« L'union des sexes considérée au point de vue juridique, remarque M. Gide, peut présenter suivant les « circonstances trois caractères bien différents : tantôt « c'est un mariage que la loi consacre ; tantôt c'est un « attentat aux mœurs que la loi punit ; tantôt enfin c'est « un acte indifférent ni criminel ni légitime, un simple fait « qui n'existe pas aux yeux de la loi. Cette distinction « qui se retrouve au sein de toutes les sociétés policées « est nettement exprimée par la loi romaine : l'union « légitime ce sont les *justæ nuptiæ*, l'union criminelle « c'est le *stuprum* ; enfin l'union dépourvue de tout « caractère juridique celle dont la loi ne s'occupe ni « pour la confirmer ni pour la prohiber c'est le *concu-* « *binatus* ». Si les jurisconsultes ont consacré aux concubins un titre spécial du Digeste, il n'en faut pas conclure qu'à leurs yeux cette forme de l'union des sexes eût une valeur juridique quelconque ; ils ont tout simplement voulu la distinguer du « *matrimonium justum* », et du délit de mœurs.

Il est facile chez nous de savoir s'il y a mariage, concubinage ou délit de mœurs ; le mariage est un contrat solennel ; le délit de mœurs est puni par la loi, le concubinage se distingue facilement, soit de l'un, soit de l'autre. La loi française n'avait pas à le définir pour éviter une confusion qui est impossible. A Rome, la limite était plus flottante et plus indécise.

Le mariage suivant en cela la lente progression des idées s'était dépouillé des formalités religieuses ou civiles qui l'accompagnaient à l'origine, il était devenu un contrat presque consensuel. La ligne de démarcation entre les deux unions était si peu nette, si peu tranchée, qu'on était obligé de recourir à des présomptions tirées par exemple de la condition des personnes vivant ensemble, ou de l'affection de l'homme vis-à-vis de la femme pour savoir s'il y avait mariage ou concubinat. Pourtant le besoin d'un critérium plus certain se faisait sentir. Auguste ayant érigé le *stuprum* en délit public et transféré aux tribunaux de l'état les anciennes attributions des tribunaux domestiques, il devenait très important de ne pas confondre l'union délictuelle avec l'union tolérée. Il n'était pas moins intéressant de pouvoir la distinguer de l'union légitime depuis que le législateur avait entouré cette dernière de privilèges et de faveurs spéciales. Tracer cette double ligne de démarcation tel est l'unique objet que se sont proposé Paul, Ulpien et Marcien, dans les cinq fragments qui composent le titre « *De concubinis* ». Ainsi lorsque les juriconsultes remarquent qu'on peut prendre pour concubine une femme condamnée pour adultère, une affranchie, une courtisane, ce ne sont pas là des conditions de capacité, cela ne veut pas dire que dans tous ces cas il y aura union reconnue par la loi, mais bien qu'il n'y aura pas *stuprum*. De même quand ils déclarent qu'il n'est pas permis d'entretenir des relations avec une impubère ou une matrone « *sine testatione* » il n'en faut pas conclure que l'homme qui vit avec une femme pubère ou avec une

matrone après en avoir fait la déclaration au magistrat contracte une union régulière aux yeux de la loi, mais tout simplement qu'il ne tombe pas sous le coup des pénalités légales. Quand les jurisconsultes nous disent : dans tels cas le concubinat est possible, cela doit s'entendre dans tous ces cas il n'y aura pas délits de mœurs. Et lorsqu'ils nous déclarent : dans tels cas le concubinat est défendu, cela signifie : dans tous ces cas il y aura *stuprum*. En indiquant si l'union des sexes est permise ou prohibée, ils montrent simplement si elle est ou non délictuelle, il n'en faut pas induire que dans tous les cas où elle ne constitue pas un délit elle produise des effets civils.

En d'autres termes, conclut M. Gide, « le concubinat « bien qu'étant un fait extra-légal est cependant défini « par la loi, car il se trouve placé entre deux faits légaux « les *justæ nuptiæ* et le *stuprum*. Et la loi qui a défini « ces deux faits et en a tracé les limites a par cela même « circonscrit le concubinat qui se trouvait entre eux « deux. En sorte que l'explication du titre *De Concubini-
nis* dépend des deux questions suivantes : qu'était-ce « que les *justæ nuptiæ*? qu'était-ce que le *stuprum*?

C'est en ce sens qu'il faut entendre le texte de Marcien : *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur, nam quia concubinitus per leges nomen assumpsit extra legis pœnam est* (1). On ne commet pas un *stuprum* en prenant une concubine, car les lois ayant donné un nom au concubinat, l'ont par cela même dérobé à toute peine.

1. Loi 3, § 1, Dig. Liv. 25, tit. 7.

D'ailleurs, ajoute-t-on, cette interprétation est seule conforme au but que se proposait Auguste en portant les lois caducaires. Il voulait, c'est lui-même qui nous l'apprend, faire revivre l'antique austérité des mœurs, rajeunir cette civilisation vieillie, *exempla majorum revocare*. Il eût été contradictoire de sa part de donner une prime au libertinage en faisant du concubinage une imitation et une institution rivale des *justæ nuptiæ*.

Enfin si cette union fut devenue à partir des lois caducaires un mode légal des rapports sexuels, on aurait dû y étendre le principe de la monogamie comme en matière de justes noces. Il était défendu d'avoir deux épouses, il aurait dû être défendu d'avoir deux concubines ou une épouse et une concubine. Or, certains passages de Suétone et de Pline le Jeune joints à plusieurs fragments du Digeste laissent supposer que ce cumul n'était pas interdit (1). N'est-ce pas la meilleure preuve que le *concubinatus* n'était pour la loi romaine comme pour nos lois modernes qu'un simple fait indifférent?

En plus de l'appui de M. Gide cette opinion peut invoquer en sa faveur les noms de MM. Bonnier et Labbé. Dans notre ancien droit elle avait déjà été soutenue par Bartole et Doneau (2).

1. Suétone, *Ner. vit.* XXVIII. « *Utique postquam meretricem quem fama erat Agrippinæ simillimam, inter concubinas recepit* ». Pline racontant les outrages que des esclaves révoltés ont fait subir à leur maître ajoute : « *Tum demum, quasi æstu solutus effertur, excipiunt servi fideiiores; concubinæ cum ulalatu et clamore concurrunt...* » Pline. Lettres, III, 14.

2. Bartole, *ad Tit. de concubinis, rub., In concubinatu...* Doneau, *ad. L. 121. D. de V. O.*

II

D'après un second système, il faut, au contraire, voir dans le concubinat une union régulière qui s'est modelée sur le mariage et a pris à partir des lois Julia et Pappia Poppœa un caractère juridique nettement déterminé. La concubine remplace l'épouse, c'est une *semi-nupta* comme l'appelle Cujas. Elle habite la maison conjugale sans participer aux honneurs ni aux dignités de son mari. Il n'y a pas entre eux indivisibilité de condition, chacun conserve dans le monde la situation qu'il avait antérieurement ; mais leur union est plus qu'un simple rapprochement : elle a une existence légale.

Le fragment de Marcien est conforme à cette manière de voir. Le *concubinatus* ayant reçu des lois un « *nomen* », c'est-à-dire une *existence juridique*, ne tombe pas sous le coup des peines portées contre le *stuprum*. C'est donc à tort que les partisans du premier système ont invoqué ce texte en leur faveur. L'explication qu'ils en donnent est peu satisfaisante. Quoi ! le concubinat resterait impuni parce que la loi lui a donné un nom ! Mais est-ce que tous les crimes ne sont pas nommés ? Est-ce qu'il n'est pas nécessaire de les nommer avant de les punir (1) ? N'est-il pas plus vraisemblable que les lois en donnant un « *nomen* » à cette forme des rapports sexuels ont voulu reconnaître et régulariser une union qui avait fini par s'ancrer dans les mœurs ?

1. V. Accarias. *Précis de Droit Romain*, I, p. 249.

Cette manière de voir trouve un point d'appui solide dans l'existence au Digeste d'un titre *de concubinâs*, titre qui se retrouve au code. Placé à la suite du mariage, ce titre en forme en quelque sorte le complément, l'appendice; après avoir indiqué à quelles conditions on peut prendre une épouse, les jurisconsultes examinent à quelles conditions il est permis de prendre une concubine. N'est-ce pas qu'à leurs yeux le concubinat constitue une institution régulière. Si comme on l'a prétendu c'était un fait indifférent, pour la loi romaine, il aurait dû l'être à tous les points de vue. Les jurisconsultes n'avaient pas à examiner les conditions d'existence d'une union qui légalement ne saurait exister. Ils l'ont fait cependant; dans les fragments qui composent le titre *de concubinâs*, ils ont indiqué successivement dans quels cas cette union sera ou non valable: à quoi bon si elle doit toujours rester nulle aux yeux du législateur?

On a dit, il est vrai, qu'il était nécessaire de la définir pour la distinguer du « *stuprum* ». Ainsi se trouverait expliquée la présence du titre de « *concubinâs* » dont le but serait d'établir cette distinction. L'explication paraît bien hypothétique. Si les jurisconsultes ont eu l'intention qu'on leur prête il faut reconnaître qu'ils l'ont réalisée d'une façon singulière. Ce n'est pas le *concubinatus* qu'ils auraient dû définir dans ce cas là, mais le *stuprum*. On conçoit malaisément qu'ils nous aient indiqué dans quels cas on pourrait prendre une concubine, uniquement pour nous faire savoir dans quels cas il n'y aurait pas délit de mœurs.

S'il fût entré dans leur esprit de poser des règles de

droit pénal n'est-il pas naturel de penser qu'ils auraient procédé par définition ou par énumération des cas délicatueux. Ils nous auraient dit « telle et telle union constitue un *stuprum* », au lieu de nous dire, le concubinat n'est pas possible avec une femme ingénue sans une *testatio* préalable, ni avec une mineure de douze ans, etc. Leur langage révèle donc des règles de droit civil plutôt que de droit pénal. Cette manière de voir apparaîtra encore avec plus d'évidence si on rapproche ces fragments où les jurisconsultes s'occupent des conditions requises pour prendre une concubine, des textes où ils examinent les conditions nécessaires pour prendre une *uxor*.

Certaines de ces conditions sont les mêmes dans les deux cas. Ainsi s'il est défendu de faire sa concubine d'une mineure de douze ans (1), de la femme engagée dans les liens du mariage (2) ou parente à un certain degré (3), on ne peut davantage la prendre en justes noces. En présence de cette similitude d'éléments nécessaires à la formation des deux unions, n'est-il pas naturel de penser que toutes deux sont régulières et que les jurisconsultes dont les fragments composent le titre « de concubinis » ont voulu indiquer les règles essentielles à la formation du *concubinatus*, comme ils avaient précédemment indiqué les règles nécessaires à l'existence des *justæ nuptiæ*.

L'interprétation différente que les partisans du premier système donnent du titre « *de concubinis* » nous paraît

1. Loi 13, § 2. D. *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5.

2. Loi 56. D. *De rit. nup.*, XXII, 2.

3. Loi 4, § 3. D. h. t.

surtout difficilement acceptable en présence de certains passages de ce titre.

Nous citerons en particulier la loi I, § I, D., liv. 25, tit. 7.

Dans ce texte Ulpien déclare qu'à son avis on ne peut prendre comme concubines sans craindre de tomber sous le coup de la loi pénale que les femmes envers lesquelles il n'est pas possible de commettre un *stuprum* : « *Cumati-cilino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis in quas stuprum non committitur* ». Si en indiquant dans quel cas le concubinat est possible, les jurisconsultes ont simplement voulu dire que dans ces mêmes cas il n'y aurait pas union criminelle, ce texte contient une inutilité et un non sens. Il est clair en effet qu'on ne commettra pas un délit en entretenant des relations avec une de ces personnes « *in quas stuprum non committitur* » et nous nous refusons à faire dire à Ulpien une pareille naïveté. N'est-il pas plus vraisemblable de penser que ce fragment pose une véritable condition de capacité ? Ulpien examine quelles personnes on peut prendre comme concubines et il remarque qu'il est permis de prendre celles « *in quas stuprum non committitur* » c'est-à-dire les femmes rangées « *in classe secunda* », les affranchies, les comédiennes, les entremetteuses.

Dans la loi I, § I et 5, D, liv. XXV, tit. 7, le même Ulpien nous déclare qu'un fils ne peut faire sa concubine de l'ancienne concubine de son père. On explique cette prohibition par des raisons de morale et de convenance. Cela se conçoit si la loi reconnaît notre union. Mais il est difficile de comprendre qu'elle soit intervenue pour règle-

menter le choix des concubines si le concubinat est sans existence à ses yeux. Pourquoi dès lors Ulpien nous dit-il, qu'on ne peut prendre pour concubine l'ancienne concubine de son père? Parce qu'une telle union serait contraire à la morale, aux convenances? C'est là une interprétation qui paraîtra assez peu vraisemblable si l'on songe quel cas les Romains de cette époque faisaient de la morale et des convenances !

Enfin dans le fragment 5 du même titre, Paul nous fait remarquer qu'un gouverneur peut avoir pour concubine une femme de la province où il exerce ses fonctions. Il n'aurait pu au contraire en faire sa légitime épouse. Nous savons la raison de cette différence; un intérêt politique l'avait fait établir. On avait craint que ces puissants fonctionnaires n'abusent de leur influence ou ne commettent des exactions au préjudice de riches familles pour les contraindre à s'allier à eux. Peut-être y avait-il lieu de redouter aussi qu'en s'appuyant sur les hautes relations que pourrait leur créer un brillant mariage les gouverneurs ne cherchent à se rendre indépendants de la métropole. Avec le *concubinatus* de pareilles craintes n'avaient plus de raison d'être. Les nobles familles de la province n'eussent jamais consenti à donner leurs filles comme concubines au gouverneur. Celui-ci devait forcément choisir dans les classes inférieures une personne de rang obscur, sans prestige, sans influence. Le gouvernement n'avait plus à s'inquiéter de ses agissements. Aussi comprend-on sans peine que l'interdiction du mariage portée en pareil cas n'ait pas été étendue aux unions concubinaires. La remarque du jurisconsulte Paul n'en est

pas moins étrange si la concubine est une maîtresse ordinaire. Il n'y avait pas à s'occuper d'une union que la loi ne connaît pas. La texte s'explique aisément au contraire si on voit dans le *concubinatus* un mode d'union régulier. Il était défendu au gouverneur d'épouser en justes noces une femme de la province qu'il administre. Pouvait-il en faire sa concubine? On eût pu concevoir des doutes, le concubinat étant un mariage de second ordre. Paul a voulu les dissiper. A son avis il faut restreindre l'empêchement au cas de *justæ nuptiæ* : *Concubinam ex ea provincia in qua quis aliquid administrat habere potest.*

Tous ces textes on le voit répondent assez mal à l'interprétation qu'en donne M. Gide. Il est peu probable qu'ils aient été écrits pour définir le *stuprum* et séparer l'union tolérée de l'union délictuelle.

Nous ne croyons pas davantage que les jurisconsultes se soient proposé de nous dire ce qu'étaient les *justæ nuptiæ*, et aient entendu établir une ligne de démarcation entre l'union légitime et l'union indifférente en les comparant. La formule employée ne serait pas moins défectueuse. Dans ce cas-là, en effet, ce n'était pas entre la *concubine* et l'*uxor* qu'il fallait établir un rapprochement mais entre le *concubinatus* et les *justæ nuptiæ*. Les deux unions présentaient au moins ceci de commun que le simple consentement jouait dans leur formation un rôle prépondérant, mais quel point de contact trouver entre les deux femmes si la *concubine* n'est qu'une simple maîtresse. Comment comprendre qu'il ait pu venir à la pensée d'esprits éclairés comme Marcien et Ulpien de comparer

deux personnes qui n'ont entre elles aucune espèce de rapport ?

Comment expliquer d'autre part ce texte du jurisconsulte Paul nous disant que la *concubine* ne diffère de l'épouse que par les égards dont elle est entourée ? Si elles diffèrent sur ce point n'est-ce pas qu'elles se ressemblent sur d'autres ?

Du reste s'il était possible de confondre les deux unions, en fait cette confusion devait être trop rare pour que les jurisconsultes s'y soient arrêtés. L'union concubinaire avait quelque chose de clandestin dans sa formation, la concubine occupait un rang inférieur dans la hiérarchie sociale. Le mariage au contraire se contractait au grand jour. Bien qu'elles ne fussent pas nécessaires à son existence, il était entouré de cérémonies destinées à en rehausser l'éclat et à en perpétuer le souvenir. L'*uxor* avait une dot, la concubine était une *indotata*. Plaute met en scène un homme qui consent à épouser une jeune fille sans dot; le frère de celle-ci s'y refuse : « On pourrait croire, dit-il, que je te l'ai donnée en concubinat. » Grâce à ces différents points de repère il était facile dans la pratique de savoir si on se trouvait en présence de gens mariés ou de concubins.

Nous écartons donc cette seconde partie de l'explication de M. Gide comme nous avons écarté la première. En écrivant le titre *de concubinis* les jurisconsultes n'ont voulu répondre ni à l'une ni à l'autre de ces questions : qu'est-ce que le *stuprum* ? Qu'est-ce que les *justæ nuptiæ* ? mais bien plutôt à celle-ci, qu'est-ce que le concubinat ? Et s'ils l'ont fait, c'est qu'ils y ont vu une forme

légale de l'union sexuelle. Encore une fois on n'indique pas les conditions d'existence d'une union qui ne saurait exister aux yeux de la loi.

Mais il ne suffit pas de prendre une disposition législative et d'en tirer les conséquences. Il importe aussi d'examiner dans quelles circonstances elle a été établie. On s'exposerait sans cela à se méprendre sur son sens, à en méconnaître la vraie portée et à faire prévaloir la lettre de la loi sur son esprit. Abandonnant les textes nos adversaires se sont retranchés sur ce nouveau terrain. Nous les y suivrons. On sait le but visé par Auguste en promulguant les lois Julia et Pappia Poppœa. Il pensait trouver dans le mariage un remède aux habitudes dissolues de son siècle. Dès lors on pressent l'objection des partisans du système que nous combattons. L'empereur voyait dans les *justæ nuptiæ* le vrai moyen de faire revivre les antiques vertus romaines. Il y poussait par tous les moyens possibles, les entourait de faveurs et de privilèges, n'eût-il pas été contradictoire de sa part de consacrer en même temps une autre union et de l'ériger en institution rivale ?

L'objection est séduisante. Elle nous paraîtrait sans réplique s'il fallait nécessairement admettre que le *concubinatus* ayant reçu une existence des lois caducaires forme une doublure du mariage et produise des effets analogues. Dans un article remarqué de la *Revue historique de droit* (année 1865, page 209 et suiv.) M. Pilette poussant cette assimilation jusqu'en ses plus extrêmes conséquences n'hésite pas à étendre aux unions concubinaires les avantages attachés aux justes noces.

Mais cette théorie très hardie, manque d'appui dans les textes. Elle n'a pas fait fortune. La plupart des auteurs sont d'accord pour attribuer à cette institution des effets beaucoup plus restreints. Pendant longtemps, dit M. Accarias, elle n'eut d'autre résultat de donner un père certain aux enfants qui en étaient issus. Nous espérons montrer plus loin qu'elle n'avait même pas cette conséquence de déterminer la paternité. Aussi nous est-il facile de répondre à l'objection de nos adversaires : Il n'était nullement contraire au but ni aux idées d'Auguste de consacrer le *concubinatus*, puisque n'y attachant pas d'effets civils, il conservait au mariage toute sa supériorité.

Quant au troisième argument dont les partisans du premier système se sont servis pour attaquer la légalité de notre union, il nous serait facile de le retourner contre eux. La meilleure preuve, disent-ils, que le concubinat est un fait étranger au droit, c'est qu'on n'y a pas étendu le principe de la monogamie. Certains passages des écrivains de l'époque supposent en effet qu'on peut avoir plusieurs concubines. Si le *concubinatus* eût été une institution régulière, un mariage d'espèce inférieure, la même loi qui défendait d'avoir deux épouses aurait défendu d'avoir deux concubines. Notre réponse sera simple. Il est possible que le mot « concubina » ait été quelquefois employé, même après la réforme augustéenne, dans l'acceptation qu'il avait antérieurement, pour désigner une maîtresse ordinaire. Cela doit d'autant moins nous surprendre dans l'espèce que les passages invoqués à l'appui de l'opinion adverse sont de Pline et de Suétone. On est exposé à ne pas rencontrer sous la plume d'un littérateur

ou d'un historien la précision de langage du jurisconsulte. Du reste, dans un fragment sur lequel nous aurons à revenir plus loin, Paul déclare qu'il est défendu d'avoir une épouse et une concubine, et Justinien tout en renouvelant la même prohibition affirme qu'une pareille licence a toujours été repoussée par les lois.

Ces textes paraissent bien supposer la régularité de notre union; ils suffisent dans tous les cas à contrebalancer l'autorité de ceux qu'on nous oppose.

III

Nous voici donc arrivé à cette conclusion : les lois caducaires reconnurent le *concubinatus*, mais tout en faisant une forme régulière des rapports sexuels elles ne lui attribuèrent pas d'effets civils. Au premier abord ces deux propositions semblent difficiles à concilier. Dès l'instant où Auguste donnait au concubinat un caractère juridique ne devait-il pas y attacher quelques conséquences. S'il ne lui en faisait produire aucune, n'est-ce pas que cette union restait à ses yeux un fait indifférent, extra-légal, et qu'il ne lui avait donné un nom que pour la soustraire aux peines portées entre le *stuprum*? N'est-il pas plus simple, dès lors, d'admettre l'explication de M. Gide si nous aboutissons aux mêmes conclusions? Le « *concubinatus* » romain ainsi privé d'effets civils est-il autre chose que notre « *concubinage* » moderne?

Nous avons exposé précédemment les motifs qui nous ont fait écarter le système de l'éminent professeur. Il n'est pas indifférent de dire : Le *concubinatus* n'exis-

tant pas légalement, ou bien il existait, mais était dénué de tout effet. S'il n'eût pas été reconnu par les lois Julia et Pappia Poppœa, aucune disposition législative n'étant venue par la suite en modifier la nature, son état eût dû rester stationnaire. Tel il était à l'époque classique, tel nous devrions le retrouver au Bas-Empire. Or, à partir de Constantin nous voyons les empereurs y attacher certaines conséquences. Il détermine la paternité comme le mariage, il engendre une obligation alimentaire entre les enfants et leur auteur. Comment comprendre que le législateur ait tiré ces applications successives d'un fait inexistant aux yeux de la loi? Le néant ne saurait produire d'effets.

On peut trouver étrange, il est vrai, que tout en consacrant le concubinat Auguste lui ait donné une valeur juridique aussi restreinte. Cela s'explique, à notre avis, étant données les circonstances particulières dans lesquelles furent votées les lois caducaires. Le mariage alors subissait une crise; l'empereur voulant le réhabiliter et le raffermir ne pouvait voir d'un bon œil une alliance qui en est la contrefaçon. D'un autre côté supprimer un mode d'union devenu presque national eût été une lourde faute qu'il se garda bien de commettre. Si les Romains se laissaient volontiers confisquer leurs libertés, ils n'aimaient pas qu'on touche à leurs vices. Il l'avait bien vu par l'accueil que les comices tumultueuses avaient fait à sa première proposition de la loi Julia *de maritandis ordinibus* (an de Rome 736). Aussi prit-il un biais et parût-il faire une concession au libertinage, en faisant entrer dans la loi une union qui s'était enracinée dans les mœurs. C'é-

tait un habile détour. Mais il ne faut pas s'en tenir aux apparences. En réalité tout en reconnaissant à notre union un caractère légal, Auguste tendit à la combattre.

Un premier moyen pour arrêter son développement était d'en supprimer la raison d'être. L'empereur le fit dans une certaine mesure. L'interdiction des *justæ nuptiæ* entre ingénus et affranchis fut rapportée. Certaines entraves, il est vrai, subsistaient encore, mais en jetant la déconsidération sur une union qui allait devenir l'unique refuge des femmes perdues d'honneur, adultères, entremetteuses, prostituées n'étaient-elles pas destinées à en hâter la ruine ?

N'allaient-elles pas par contre rehausser l'éclat du mariage ? Et les Romains, ces coureurs d'héritage, ne s'éloigneraient-ils pas eux-mêmes d'une alliance sur laquelle devait peser la mésestime publique et où ils ne trouveraient aucun des privilèges attachés aux justes noces ? Telle fut vraisemblablement la pensée de l'empereur. Après cela il put croire qu'il importait assez peu de reconnaître au *concubinatus*, une existence légale. N'était-ce pas encore faire œuvre de moraliste ? Tant que les unions concubinaires furent de simples faits, indifférents aux yeux de la loi, les Romains purent entretenir au grand jour une épouse et des concubines, et ils ne s'en privèrent pas, étant donnée la corruption de cette époque. Mais dès l'instant où elles devinrent une forme légale, régulière, des rapports de l'homme et de la femme, ces écarts de conduite n'allaient-ils pas devenir impossibles ? Bien que les textes nous laissent quelques doutes à cet égard, il est permis de supposer qu'il fut

interdit d'entretenir une épouse et une concubine, et même deux concubines. Ainsi comprise, la réforme d'Auguste nous apparaît sous un autre jour. En consacrant le concubinat, il n'avait pas voulu donner une prime au vice mais mettre un frein à la débauche, et nous comprenons qu'il ait pu dire en parlant de son œuvre : « *Legibus novis latis, exempla majorum exsolescentia revocavi et fugientia jam ex nostra memoria avitarum rerum exempla imitanda edictis meis proposui* » (1).

L'interprétation que nous proposons sur les caractères de l'union concubinaire après les lois caducaires se trouve donc en harmonie parfaite avec l'idée qui avait inspiré ces lois. De plus, elle n'est pas démentie par les textes, car les jurisconsultes, ainsi que nous le verrons plus loin, sont muets sur les effets civils produits par le concubinat à cette époque, ce qui laisse bien supposer qu'il en était dépourvu.

Inutilement, nous objecterait-on, que d'après la loi 3, pr. Dig., au titre *de concubinis*, l'union concubinaire ne se forme, du moins, si la femme est une ingénue de bonne vie et mœurs, que moyennant une déclaration faite devant témoins (*testatio*).

L'objection en réalité ne nous atteint pas, puisque nous admettons que le concubinat est un mariage *sui generis* ; nous pouvons dès lors comprendre qu'il faille pour qu'il existe certaines conditions de forme.

Cette objection serait peut-être plus embarrassante pour le système de M. Gide : car si le *concubinatus* n'est que le concubinage, on ne conçoit pas qu'on exige des con-

1. *Monument d'Ancyre*, II, ligne 12

cubins une déclaration au moment où vont commencer leurs relations.

La vérité est que même contre ce système la loi 3 pr. ne fournit pas un argument décisif. On peut l'écarter d'abord, en entendant avec M. Gide, les mots : « *cum testatione hoc manifestum faciente* », comme voulant dire qu'il est impunément permis de prendre pour concubine une femme de condition honorable pourvu qu'on le fasse *ouvertement* (1). On peut aussi admettre que la phrase finale de ce texte est interpolée; le style dans lequel elle est écrite le prouve avec assez de vraisemblance. Elle appartient non à Marcien, mais à Justinien. Elle date non de l'époque classique, mais du Bas-Empire et s'explique par la défaveur qu'on témoignait alors au concubinat (2).

La consécration du *concubinatus* par les lois caducaires fut cependant un fait important. A l'origine, sans doute, la principale conséquence qu'on tira de cette reconnaissance fut de soustraire les concubins aux peines portées contre le *stuprum*. Mais on ne devait pas s'en tenir là. Le concubinat étant au même titre que les *justæ nuptiæ* une forme régulière des rapports sexuels on fut naturellement conduit à faire entre les deux certains rapprochements. On finit par attacher à cette institution par voie d'analogie quelques effets du mariage.

« A la longue, dit M. Esmein, on reconnut un certain « lien entre les enfants issus du concubinat et leur père.

1. Gide. *Nouv. Revue Hist. de Droit*, année 1880, p. 395.

2. *Accarias. Précis*, tome I, p. 251, note 2.

« Lorsque Constantin introduisit la légitimation par mariage subséquent; la filiation de ces enfants était établie déjà à l'égard de leur père (1). »

Il en fut probablement de cette matière comme de beaucoup d'autres; elle resta longtemps à l'état d'ébauche. Le droit romain ne s'est-il pas formé ainsi sans brusques changements, graduellement et comme par allusion? A l'origine la loi nous apparaît avec un caractère étroitement formaliste. Son cercle est restreint, une foule de faits restent en dehors de ses prévisions. Avec le temps ces faits se multiplient, s'accumulent; un moment arrive où ils forcent l'attention du législateur et finissent par entrer timidement dans le domaine du droit. Les théories sur la revendication, la représentation, les pactes prétoriens, pour ne citer que celles-là, n'ont pas été construites en un jour; leur formation a été lente, laborieuse. C'est ainsi qu'à l'origine le simple consentement n'a pas de valeur s'il n'a été coulé dans un moule déterminé. L'obligation, le contrat se produisent en quelque sorte automatiquement par l'emploi d'une formule, et en dehors de cette formule l'intention la plus claire, la volonté la moins douteuse demeurent sans effet. On n'examine pas ce que les parties ont voulu, mais ce qu'elles ont dit. Puis à mesure que les idées progressent, que les transactions se multiplient, on éprouve le besoin de tempérer ces rigueurs de la loi primitive. Une foule de conventions demeuraient sans effet parce qu'on n'avait pas

1. Esmein : Notice sur M. Giraud. *Nouvelle revue historique de droit*, année 1883, page 246. Note II.

employé les rites consacrés; très souvent ce n'était pas équitable. Le prêteur intervint. Mais de son intervention la théorie des pactes va-t-elle surgir organisée dans ses moindres détails? Non pas. Il commence par déclarer qu'il fera observer toute convention conclue sans dol et la munit d'une exception. C'était insuffisant, pourtant avec le temps, l'idée devait faire des progrès. Si le simple pacte peut engendrer une exception n'est-ce pas qu'il contient les éléments d'une obligation? On arriva effectivement à reconnaître qu'il pouvait produire une obligation naturelle et plus tard à le munir d'une action.

Le *concubinatus* suivit vraisemblablement cette marche progressive. Simple fait à l'origine, il se multiplie sous l'influence de causes diverses. Son extension considérable éveille l'attention du législateur. Auguste en lui donnant un « *nomen* » pose le premier l'embryon d'une union nouvelle; par la force des choses ce germe finit par grandir et se développer.

On s'étonnera peut-être que ce développement ait été aussi lent à se produire. Plus de deux siècles se sont écoulés depuis Auguste jusqu'à Constantin. Comment concevoir que durant toute cette période on n'ait rien fait pour le concubinat? Comment comprendre qu'il soit resté aussi longtemps à l'état d'institution mort-née? Cette bizarrerie s'explique, croyons-nous, si l'on se reporte à la pensée qui avait inspiré les lois caducaires. Nous avons dit à quelles préoccupations Auguste avait obéi en se bornant à reconnaître le concubinat sans y attacher d'effets civils. Il avait craint, sinon de détruire, du moins d'amoin-drir la portée de son œuvre. Cette préoccupation fut

aussi celle de ses successeurs. Comme lui, ils s'efforcèrent de venir en aide à la moralité qui s'en allait, par des lois nuptiales, au risque de violenter la liberté individuelle. Du moment où ils tendaient à favoriser les mariages par le maintien du système de sanctions pénales qu'il avait établi, n'était-il pas naturel qu'ils essayent comme il l'avait fait de détourner des unions concubinaires en les laissant dépourvues d'effets civils?

Cette conjecture apparaîtra avec assez de vraisemblance si l'on songe que le développement juridique du concubinat coïncide précisément avec la disparition des lois caducaires (1).

1. Nous avons terminé cette étude lorsque la *Nouvelle Revue Historique de Droit* (livraison de novembre-décembre 1894), a publié un article sur l'évolution historique du concubinat romain. D'après l'auteur de cette intéressante monographie, le champ d'application du *concubinatus* légal aurait été exclusivement réservé par Auguste aux unions entre les sénateurs et leurs affranchies qu'une irréductible disparité de condition empêchait de pouvoir s'épouser. Toute autre union formée en dehors des *justæ nuptiæ* et du *stuprum*, n'aurait constitué même après la réforme caducaire, qu'une simple liaison de fait, indifférente aux yeux de la loi. Puis sous des influences diverses, le cercle originairement très étroit du *concubinatus* légal se serait progressivement élargi. La distinction faite par les lois Julia et Pappia Poppœa, suivant que l'empêchement aux *justæ nuptiæ* résultait d'une tache originelle de servitude ou provenait au contraire de l'indignité morale de l'un des contractants aurait fini par s'effacer et on en serait insensiblement arrivé à comprendre sous le terme générique de *concubinatus* toutes relations suivies en dehors des *justæ nuptiæ*, pourvu qu'elles ne constituent pas un *stuprum*. Cette évolution se trouvait accomplie à l'époque

classique. On distingua dès lors deux sortes d'unions concubinaires : le concubinat *privilegié* entre patron et affranchie, entraînant à un certain degré la plupart des effets des *justæ nuptiæ*, et le *concubinage toléré*, union régulière également reconnue par les lois mais à peu près dépourvue d'effets civils.

Pour ingénieuse qu'elle puisse être, cette théorie nous semble assez subtile. Il est permis de discuter sur la portée juridique de la réforme d'Auguste, mais si l'on admet que le concubinat fut consacré par les lois caducaires, il paraît bien difficile de limiter ensuite le champ d'application de cette reconnaissance à l'hypothèse d'une liaison formée entre un sénateur et son ancienne esclave. Cette restriction n'est autorisée par aucun texte et les termes du fragment de Marcien « *concubinatus per leges nomen assumpsit* » semblent au contraire s'appliquer dans leur généralité à toute espèce de concubinat. D'ailleurs les rapports entre sénateurs, ou leurs descendants *per masculos*, et affranchies constituaient vraisemblablement une infime minorité dans le nombre des unions concubinaires. Nous l'avons précédemment remarqué, on prenait alors une femme pour concubine non plus seulement parce que la loi ou les mœurs défendaient de l'épouser mais parce qu'on recherchait dans les liaisons faciles l'affranchissement de tout souci domestique. Comment concevoir qu'Auguste ait pris soin de réglementer le concubinat précisément dans un cas où il devait se produire assez exceptionnellement, et ne s'en soit pas occupé dans les autres hypothèses de beaucoup les plus fréquentes ?

L'auteur de l'article que nous critiquons explique cette anomalie en disant que les relations entre un sénateur et sa *liberta* pouvaient être reconnues à titre de *concubinatus*, parce qu'à la différence des autres liaisons elles n'avaient en soi rien de contraire à la morale ni au droit naturel, mais que cependant elles ne pouvaient pas l'être à titre de mariage, parce que cela eût été discréditer les *justæ nuptiæ* que de les permettre entre un membre de l'ordre sénatorial et son affranchie.

Ces motifs ne suffisent pas à nous convaincre. S'il était vrai, comme on l'affirme, que les rapports entretenus entre un sénateur ou un descendant de sénateur *per masculos* et une ancienne esclave, aient été reconnus par la loi comme un mariage *sui generis*, pour ce motif qu'ils n'avaient rien d'incompatible avec l'honnêteté ou l'ordre public, pourquoi ne pas étendre la même faveur à tout concubinage inspiré par une affection vraie et durable ? Pourquoi d'autre part permettre aux affranchies et aux ingénus de s'unir en justes noces comme l'avaient fait les lois caducaires si l'alliance avec une *liberta* était de nature à jeter la déconsidération sur le mariage ?

La vérité est qu'en interdisant les *justæ nuptiæ* entre les membres de l'ordre sénatorial et les affranchies, Auguste avait surtout voulu assurer, dans l'élite de la haute société romaine, le maintien d'un prestige et d'une dignité dont on perdait trop facilement le souci à son époque. Il avait voulu que les sénateurs et les fils de sénateurs contractent des alliances en rapport avec leur rang et leur condition. On comprendrait assez mal que pour arriver à ce résultat, il ait attaché à leur union avec une de ces femmes qu'il leur défendait d'épouser des effets analogues à ceux du mariage, et que le concubinat ordinairement dépourvu de conséquences juridiques en ait précisément produit dans cette circonstance. La défense faite aux membres de la caste sénatoriale de s'unir en justes noces avec une affranchie ne devenait-elle pas illusoire dès l'instant où la liaison qu'ils contractaient avec elle au mépris de cette prohibition légale n'avait avec le *justæ nuptiæ* qu'une différence nominale et leur procurait, comme l'affirme M. d'Haucour, des avantages identiques et même supérieurs à ceux qu'ils auraient pu trouver dans un véritable mariage (*op. cit.*, voir p. 721, *in fine*).

Quant à la différence relevée entre le concubinat du patron et de son affranchie, et les autres unions concubinaires, elle ne suppose pas non plus la coexistence de deux espèces de *concubinitus* : l'un privilégié, l'autre simplement toléré. Les effets civils

qu'on remarque dans le premiers cas et qu'on attribue au concubinat ne sont, à notre avis qu'une conséquence de l'affranchissement et s'expliquent tout naturellement, ainsi que nous le verrons plus loin, par l'étroite dépendance où l'ancienne esclave se trouvait vis-à-vis de son ancien maître, même après qu'il l'avait rendue à la liberté.

CHAPITRE II

CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU CONCUBINAT.

SOMMAIRE. — Deux sortes d'empêchements au mariage. — Empêchements de droit naturel et de droit civil. — Ces derniers en l'absence d'un texte, ne doivent pas être étendus au concubinat. — Puberté. — Parenté. — Alliance. — L'existence d'un premier mariage et d'un précédent concubinat fait-elle obstacle à la formation d'un second ? — Consentement du *paterfamilias*. — Obstacles d'ordre social ou politique.

Le concubinat étant une institution du droit civil au même titre que les *justæ nuptiæ* devait rester fermé en principe à tous ceux qui n'avaient pas la jouissance du « *jus civile* » : les esclaves, les pèrègrins et les latins.

Quant aux éléments nécessaires à sa formation, ils étaient sensiblement les mêmes que ceux requis pour la validité du mariage. Toutefois la tendance de la loi étant de se montrer plus facile en cette matière, le concubinat restait permis dans certains cas où les *justæ nuptiæ* eussent été défendues. On peut distinguer, en effet, deux sortes d'empêchements à l'union de l'homme et de la femme. Les uns fondés sur des considérations de morale et d'ordre public correspondant à des vérités absolues, nécessaires ; ils sont inscrits dans la loi naturelle avant

de l'être dans la loi civile. Le législateur les constate plutôt qu'il ne les crée. On les retrouve dans la plupart des codes. Les autres, au contraire, basés sur des motifs d'ordre social et politique plus ou moins factices, plus ou moins arbitraires, forment la partie mobile et variable de la législation en cette matière. Les raisons qui ont fait établir les empêchements de la première catégorie étant les mêmes, qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un concubinat, il est logique de les étendre aux deux sortes d'unions. Nous pensons au contraire qu'à défaut de textes précis; il convient de restreindre ceux de la seconde aux *justæ nuptiæ*. Nous les examinerons successivement.

1° Puberté.

Pour se marier il faut être pubère.

La puberté qui à l'origine se déterminait « *ex inspectione corporis* » avait été fixée dans le dernier état de la législation, à douze ans pour les femmes et quatorze ans pour les hommes. Les motifs qui avaient fait établir à cette période de la vie l'aptitude légale à engendrer ou à concevoir se rencontrant avec autant de force quelle que fût la nature de l'union, l'âge nécessaire pour entrer en concubinat devait être le même que celui requis pour contracter de justes noces. Ulpien nous apprend qu'effectivement il était défendu de faire sa concubine d'une mineure de douze ans : *Cujus cumque ætatis concubinam habere posse palam est nisi minor annis duodecim sit*. Le jurisconsulte ne parle pas de l'homme, mais dès l'instant où la femme ne pouvait entrer en concubi-

nat avant sa nubilité, nous sommes autorisé à croire que l'homme lui-même ne le pouvait pas avant d'être pubère, c'est-à-dire avant quatorze ans révolus : *est enim eadem ratio.*

2° Parenté.

Comme le précédent, les obstacles résultant de la parenté découlent de la loi naturelle aussi bien que de la loi civile ; ils s'imposent également qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un simple concubinat : *Naturale jus et pudor inspiciendus est*, nous dit le jurisconsulte Paul. Cela est évident pour ceux de ces empêchements résultant de la parenté en ligne directe, et on conçoit que les textes ne s'en soient pas expliqués. De pareilles unions sont tellement contraires à la nature qu'il n'eût pu venir à la pensée de personne de soutenir qu'elles aient été consacrées par les lois.

En ligne collatérale la loi 56, Dig. de *Rit nuptiarum*, XXII, 2, nous apprend que le *concubinat* était interdit entre l'oncle et la nièce : « *Etiam si concubinam qui habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur.* » Nous en tirons cette conséquence qu'il devait l'être à plus forte raison entre personnes parentes à un degré plus rapproché : le frère et la sœur.

3° Alliance.

L'alliance est le rapport juridique qui relie l'un des époux aux parents de l'autre. Elle peut exister, soit en

ligne directe, soit en ligne collatérale. Entre alliés en ligne directe le mariage était prohibé *in infinitum*. Nous ne croyons pas qu'il faille étendre au *concubinatus* cet empêchement porté en cas de *justæ nuptiæ*. Il nous paraît plus sûr de nous en tenir aux textes qui déclarent que celle qui a été la *concubine* du père ne peut être celle du fils ni du petit-fils, la tendance de la loi romaine étant de se montrer plus large en matière de *concubinatus* que de mariage. Encore y avait-il là probablement aux yeux des Romains un obstacle de morale et de convenance plutôt qu'une véritable *affinitas*.

En ligne collatérale l'alliance n'était pas un empêchement au mariage avant Constance qui le prohiba entre beau-frère et belle-sœur. Cette interdiction n'ayant pas été étendue au *concubinatus* et ne s'imposant par aucune considération d'ordre public, nous ne suppléerons pas ici au silence des textes.

4° Bigamie.

Le principe de la monogamie qui fut toujours hautement proclamé en matière de *justæ nuptiæ* existait-il également en matière de *concubinatus*? Il était défendu d'avoir plusieurs épouses, était-il permis d'entretenir plusieurs concubines? La négative paraît certaine au premier abord. Les motifs qui avaient fait établir le principe de la monogamie étant identiques, qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un *concubinatus*, il semble que la règle dût être la même dans les deux cas. Dans la pratique c'est bien ainsi qu'on devait l'entendre, on choisissait entre

une *uxor* et une concubine, mais en droit le cumul était-il interdit? La question a fait doute pour quelques interprètes. Elle peut être envisagée sous un double aspect.

1° L'existence d'un premier mariage est-elle un obstacle à la formation du concubinat?

L'affirmative paraît bien résulter de ce texte de Paul : « *Eo tempore quo quis uxorem habet concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectui separatur* » (1). Mais ce texte, dit-on, a été interpolé ; pour lui donner un sens il faut supprimer la négation qu'il contient sans quoi il serait incompréhensible.

« En effet, dit M. Rothe, s'il ne peut y avoir de concubine
« à côté de l'épouse comment conclure de là que ces
« deux personnes ne diffèrent que par l'affection qui les
« entoure. D'après la première partie du texte la concu-
« bine est impossible dans l'hypothèse... Mais supprimez
« la négative tout va s'expliquer : celui qui a une
« femme légitime peut aussi avoir une concubine ; par
« conséquent elles ne diffèrent l'une de l'autre que par
« les égards dont elles sont l'objet » (2).

Nous repoussons cette argumentation dont on s'est servi pour attaquer la légalité du concubinat. Faire subir au texte une pareille altération ce n'est plus l'interpréter, c'est le mutiler. Cette manière de voir nous paraît d'autant plus dangereuse qu'il est facile de donner un sens à la phrase de Paul sans en rien retrancher : Celui qui, a une épouse ne peut avoir une concubine, par suite l'épouse

1. Paul. *Sentences*, II, 20.

2. Rothe. *Droit naturel*, page 16, en note.

ne diffère de la concubine que par l'affection maritale. Il y aurait en effet une seconde différence entre les deux femmes si le cumul d'une épouse et d'une concubine était permis, alors que celui de deux épouses demeure interdit. Ainsi traduite l'assertion de Paul est sans doute beaucoup trop absolue, mais elle n'est pas incompréhensible. Elle nous paraît de plus en harmonie avec les idées d'Auguste. L'empereur voulait réhabiliter le mariage, il n'a pas pu organiser et consacrer ainsi l'adultère.

Mais, disent nos adversaires, s'il est vrai que la défense d'avoir une *uxor* et une *concubina* existât déjà à l'époque classique, comment se fait-il que Constantin reproduise une prohibition analogue ? « *Nemini licencia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere* » (1).

Il se peut que la règle fut tombée en désuétude. D'ailleurs l'argument qu'on nous oppose ne nous paraît pas décisif. En effet, les partisans de l'opinion adverse s'accordent en général pour reconnaître qu'au moins à partir de Constantin il fut défendu d'avoir une épouse et une concubine. Pourtant, Justinien renouvelle cette prohibition tout en constatant qu'elle a toujours existé : *Hominibus uxores habentibus concubinas habere nec antiqua jura, nec nostra concedent*. Pourquoi Constantin n'aurait-il pas fait de même ?

Il y a, avons-nous dit, une autre face de la question.

2° L'existence d'un premier concubinat fait-elle obstacle à la formation d'un second.

1. C. V. 26. *De concubinis*, l. I.

En fait cela devait être. Le concubinat se rapprochant du mariage, il était logique qu'il fût comme lui une union monogame. Nous devons reconnaître cependant que cette hypothèse semble être restée en dehors des prévisions du législateur. N'est-ce pas parce que dans la pratique elle se présentait rarement? Le concubinat se dissolvant à volonté, sans aucune cérémonie, par le simple consentement, celui qui prenait une nouvelle concubine pouvait soutenir qu'il n'entretenait plus de relations avec la première. La question de bigamie se trouvait ainsi la plupart du temps écartée et on s'explique le silence des jurisconsultes qui ne se sont préoccupés que de l'hypothèse d'un premier mariage non-dissous.

Ces divers empêchements relatifs à la formation du concubinat, résultant de la parenté, de l'impuberté, de l'alliance et de l'existence d'un premier lien non dissous, sont les seuls qui nous soient signalés par les textes. Les incapacités étant de droit strict, nous n'ajouterons rien à cette énumération.

Nous n'exigerons pas, par exemple, en matière de concubinat, le consentement du *paterfamilias*, bien qu'il fût nécessaire pour contracter mariage. Outre que la loi est muette à ce sujet, un des principaux motifs qui avaient fait établir cette règle en cas de *justæ nuptiæ* ne se rencontre plus ici. En ce qui concerne le fils en particulier, cette nécessité de l'autorisation du père de famille et des autres ascendants intermédiaires n'était qu'une conséquence de ce vieux principe : nul n'a d'héritiers siens malgré lui, « *ne ei invito suus hæres adgnoscat* ». Or, ce motif doit être écarté lorsqu'il s'agit d'une

union concubinaire. Nous verrons qu'en effet les enfants qui en sont issus furent longtemps des étrangers pour leur père, et à plus forte raison pour leur aïeul.

Nous n'étendrons pas davantage à notre union les obstacles fondés sur des considérations sociales ou politiques. Ce furent là, nous avons déjà eu occasion de le remarquer, une des causes originaires du concubinat et sa principale raison d'être. Assez souvent même les concubines se recrutaient parmi ces femmes de condition vile ou de mœurs légères qu'il était interdit d'épouser. Ce n'est pas à dire cependant que le *concubinatus* avec une *matrone* fût défendu. Ulpien semble l'admettre, mais Marcien nous affirme le contraire : *In concubinatus potest esse et aliena et ingenua*. Et Modestin n'est pas moins catégorique : *Stuprum committit qui liberam mulierem consuetudinis causa non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*. Dans ces cas-là, il fallait une déclaration faite devant témoins. Du reste, il était rare qu'une matrone voulût bien se contenter du rang inférieur de concubine alors qu'elle eût pu être épouse légitime.

Lorsque ces différentes conditions de capacité se trouvaient réunies, aucune autre formalité n'était requise pour parfaire notre union. Elle se formait par le simple consentement et résultait de la seule volonté que les parties avaient de s'unir ensemble sans qu'il fût besoin d'aucune cérémonie civile ou religieuse. A ce point de vue, elle se rapprochait sensiblement du mariage qui était devenu lui-même un contrat presque consensuel, à tel point qu'au dire de Paul, il n'y avait entre l'épouse et la

concubine qu'une différence d'affection : « *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur* ».

Se formant par le mutuel consentement, le concubinat se dissolvait de même. Les concubins n'étaient même pas tenus comme les époux de s'envoyer le *libellum* de la répudiation : Après la rupture de cette union, la femme pouvait en contracter une nouvelle. Toutefois si c'était une affranchie et qu'elle se fût séparée de son patron malgré lui, il lui était défendu de se donner à un autre homme en justes noces, mais elle pouvait toujours devenir sa concubine.

CHAPITRE III

DE LA CONDITION DES CONCUBINS

SOMMAIRE : Silence des textes relativement aux effets produits par le concubinat. — Nombreuses différences avec le mariage. Infériorité de la concubine vis-à-vis de l'*uxor*. — Actions *furti* et *rerum amotarum*. — Dot. — Droits successoraux. — Libéralités entre-vifs et testamentaires. — L'adultère de la concubine est-il punissable? — Le concubinat engendre-t-il l'*affinitas* comme les *justæ nuptiæ*?

Il est remarquable que les jurisconsultes, après nous avoir indiqué quelles personnes il est permis de prendre comme concubines soient à peu près muets sur les effets produits par le concubinat. Cette rareté de textes a fait naître de nombreuses divergences parmi les interprètes. Certains, pour mieux justifier la légalité de notre union, ont cru nécessaire de suppléer au silence de la loi. A les en croire la plupart des dispositions relatives à cette matière auraient été supprimées par les empereurs chrétiens en haine d'une institution essentiellement contraire aux principes de la religion nouvelle. Si vraisemblable soit-elle, cette conjecture nous paraît dangereuse. Il est difficile de s'arrêter une fois lancé dans cette voie de l'arbitraire et on arrive à accorder au concubinat une importance

juridique et des effets presque aussi étendus que ceux du mariage. C'est là une conception fausse à notre avis.

Ce silence des textes s'explique au contraire dans la théorie que nous avons précédemment exposée. Si les jurisconsultes de l'époque classique sont muets sur les effets du *concubinatus*, c'est qu'alors il n'en produisait pas. Auguste sous la pression des mœurs et de l'opinion s'était borné à le reconnaître sans y attacher d'autres conséquences que celle de le soustraire aux peines du *stuprum*. C'était là cependant un acte important ; l'union concubinaire était entrée dans le domaine du droit, elle se forma graduellement par pièces, par transformations successives. Nous avons déjà eu occasion de remarquer cette marche de la législation romaine vers une évolution continue ; elle fut celle du concubinat.

Les lois caducaires avaient posé le principe ; successivement on en tira des applications. Mais cela se fit assez tard, c'est donc agir prudemment, nous semble-t-il, que de nous en tenir scrupuleusement aux textes. Nous aurons ainsi à relever de nombreuses différences entre le *concubinatus* et les *justæ nuptiæ*, mais de ce que l'union concubinaire restait de beaucoup inférieure au mariage, il serait exagéré d'en conclure qu'elle ne fût pas aussi régulière.

Le mariage établissait entre les deux conjoints une fusion d'existences. La femme devenait l'égale de son mari, l'associée de son culte. Elle avait droit aux mêmes titres, participait aux mêmes dignités et selon la remarque de Paul s'élevait ou s'abaissait dans la hiérarchie sociale suivant le rang occupé par son époux : « *Dignita-*

tem mulierum ex honore matrimonii et augeri et minui solere (1) ». Dans le concubinat rien de tel. Il existe bien entre les concubins une communauté de vie, mais elle n'entraîne pas cette association des intérêts civils et religieux, ni cette indivisibilité d'existence qui caractérise le mariage. Chacun conserve dans le monde sa condition antérieure. La femme qui appartient le plus souvent aux classes inférieures ne s'élève pas jusqu'à son mari; elle n'a aucune part à ses dignités, ne porte pas son nom, ce n'est qu'une amie, une compagne : « *Tecti et mensæ dumtaxat particeps non etiam titulorum et dignitatis viri* (2). »

Cette infériorité de la concubine comparée à l'*uxor* se révèle sur d'autres points encore. Ainsi l'épouse qui a volé son mari ne sera pas poursuivie par l'action *furti*, mais par l'action *rerum amotarum*. Cette dernière n'étant pas infamante ne jettera aucune flétrissure sur la coupable. Et le mari pourra se faire restituer les objets dérobés sans qu'aucun déshonneur ne rejaillisse sur lui de la faute commise par la femme. S'agit-il d'une concubine au contraire, elle reste soumise au droit commun : « *Si concubina res amoverit hoc jure utimur ut furti teneatur* (3). » Comme elle est ordinairement de basse extraction et de moralité suspecte, il n'y a plus à observer envers elle les mêmes ménagements qu'envers une épouse.

Les jurisconsultes nous signalent une autre différence entre l'*uxor* et la *concubina*. Il était dans la tradition romaine que le père dote sa fille en la mariant; c'était là

1. Paul. *Fragm. Vatic.*, 104.

2. Pothier, *Pandectes*, XXV, 7.

3. Loi 17, pr. Dig., Liv. XXV, II.

un devoir imposé par les mœurs. Dans le *concubinatus* au contraire, pas de dot, partant pas d'action *rei uxoriae* : *Neque enim dos sine matrimonio esse potest, ubicumque igitur nomen matrimonii non est nec dos est.* (1) » Cette absence de dot était l'un des points de repère principaux permettant de distinguer l'union concubinaire des justes noces.

Il n'y a pas non plus entre les concubins comme entre les gens mariés un droit réciproque de successibilité *ab intestat*. Cela se conçoit. La *manus* n'existant pas en matière de *concubinatus*, les concubins ne sont pas rattachés l'un à l'autre par les liens de l'agnation ; il leur est donc impossible de se succéder « *jure civili* ». *Jure pretorio*, ils ne le peuvent pas davantage, puisque la *bonorum possessio unde vir et uxor* n'est donnée qu'en cas de *justæ nuptiæ* (2).

Mais s'il leur est impossible de se succéder *ab intestat*, rien ne les empêche de se faire des libéralités irrévocables. Pendant longtemps au contraire les donations entre époux ont été interdites. On avait craint que les conjoints ne se dépouillent trop facilement dans l'entraînement de la passion ou sous l'influence d'une contrainte importune... *ne mutuo amore spoliarentur... ne venalitia essent matrimonia...* » (3). C'était dépasser le but par un excès de rigueur. Aussi un sénatus consulte de l'époque de Septime-Sévère et d'Antonin Caracalla, vint-il atténuer ces mesures prohibitives. Si le donateur avait

1. Loi 3, Dig., liv. 23, tit. 3.

2. Loi 1, pr. Dig., Liv. 38, tit. 11.

3. Lois 1 et 2. pr. Dig., liv. 24, tit. I.

persévère jusqu'à sa mort dans la volonté de maintenir sa donation et s'il mourait le mariage durant encore, cette donation devenait inattaquable pour ses héritiers. Mais jusqu'à son décès, il conservait le droit de la révoquer suivant son bon plaisir. Les motifs étant les mêmes on s'explique difficilement que cette règle n'ait pas été étendue aux unions concubinaires. Ne serait-ce pas précisément parce que la théorie du concubinat est restée longtemps mobile, indécise, qu'on aura négligé d'y rattacher cet effet produit par les justes noces?

Nous avons réservé pour la fin deux points qui font difficulté parmi les interprètes.

Le premier concerne l'adultère de la femme.

La loi *Julia de adulteriis* punissait de peines sévères la violation des devoirs de famille. L'épouse infidèle était condamnée, soit à la *relegatio in insulam* avec confiscation de la moitié de sa dot et du tiers de ses biens, soit plus tard à la peine de mort. Le complice subissait un châtement analogue. Convient-il d'étendre ces dispositions à la concubine?

Cujas a soutenu l'affirmative et entraîné à sa suite un certain nombre d'auteurs. La concubine imite l'épouse, étant tenues des mêmes devoirs il est juste qu'elles soient punies de la même peine (2).

D'autres, au contraire, se fondant sur ce fragment de Marcien : « *Nec adulterium per concubinalum ab ipso committitur* » ont conclu que l'adultère n'était puni que dans le mariage. Mais le mot *adulterium* est vraisemblable-

2. Cujas Tit. 26, liv. 5, Code. Tit. 19, liv. 9, loi 23, Code.

blement pris ici dans le sens de *stuprum*, ce qui enlève à l'argument toute sa valeur. Nous pensons néanmoins, pour d'autres raisons, que la loi Julia n'est pas applicable à la concubine adultère. Les textes, en effet, nous citent un seul exemple de l'obligation de fidélité à laquelle le *concubinatus* obligerait la femme : celui de l'affranchie qui devient la concubine de son patron. On peut, nous dit la loi 13 pr., D. 48, 5, exercer l'action publique contre la femme coupable d'adultère pourvu qu'en devenant concubine elle n'ait pas perdu sa qualité de matrone comme cela arrive lorsqu'une affranchie devient la concubine de son patron (1).

Ce n'est pas là à dire vrai un effet juridique du *concubinatus* mais une conséquence des *jura patronatus* qui subsistent entre le patron et son affranchie après l'acte d'affranchissement : « Ce qui le prouve, dit M. Gide, « c'est que nous retrouvons ces effets ou des effets analogues dans tous les cas d'affranchissement, tandis que « nous ne les rencontrons à propos du concubinage que « dans le cas unique où la concubine est en même temps « une affranchie. Tout affranchi était dans une étroite « dépendance de celui dont il tenait sa liberté et pour « ainsi dire son existence civile : il lui devait l'obéissance, l'*obsequium*, et, s'il manquait à ce devoir, une « accusation d'ingratitude pouvait le faire retomber en « esclavage. Or pour l'affranchie que le patron avait « prise pour sa concubine ce devoir d'obéissance se trans-

1. Loi 13, pr., Dig. 48.

« formait tout naturellement en devoir de fidélité (1). »

Il y a lieu de se demander enfin si le concubinat engendre comme les justes noces une certaine *affinitas* ou alliance. On serait tenté de le croire en présence de ce fragment d'Ulpien où nous lisons que la même femme ne peut être successivement la concubine du père et du fils. Mais cette décision peut s'expliquer autrement par des motifs de morale et de convenance. Nous n'insisterons pas davantage. Remarquons seulement qu'il est peu vraisemblable que le législateur soit intervenu pour consacrer des principes de pure morale si l'union concubinaire eût été sans existence à ses yeux. La loi française n'a pas pris ce soin et les Romains étaient certes moins difficiles que nous, en fait de mœurs et de bienséance, eux qui faisaient graver sur leurs tombeaux les noms de leurs bâtards et de leurs concubines !

1. Gide, *op. cit.*, p. 399.

CHAPITRE IV

CONDITION DES ENFANTS ISSUS DU CONCUBINAT.

SOMMAIRE. — La loi romaine n'a pas réglementé comme la loi française la condition des enfants naturels. — *Spurii, vulgo concepti, liberi naturales*. — Condition des enfants issus du concubinat, vis-à-vis de leur père. — Ils n'ont pas de père certain. — De la règle : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Arguments tirés des sources épigraphiques. — Obligation alimentaire. — Droits successoraux. — Parenté civile et parenté naturelle. *Obsequia*. — Tutelle. Condition de l'enfant vis-à-vis de sa mère. — Certitude qui s'attache à la maternité. — Légitime ou naturelle elle produit les mêmes effets.

Le Code civil qui ne s'occupe pas des unions irrégulières, a cependant réglé minutieusement la condition des enfants naturels. Il a tarifé leurs droits, redoutant de la part de leurs auteurs, soit un excès de sévérité, soit un excès de tendresse. Le père qui a reconnu son enfant est lié par cette reconnaissance; s'il ne peut lui laisser tout son patrimoine, il ne peut non plus le dépouiller entièrement. Il est limité par un minimum et un maximum qu'il ne saurait dépasser.

Le Digeste au contraire tout en consacrant un titre au concubinat, est à peu près muet sur le sort des enfants qui en sont issus. Aussi les interprètes sont-ils en désaccord sur l'étendue des droits qu'il convient de leur

attribuer. Ces droits n'étant pas les mêmes, suivant qu'il s'agit du père ou de la mère, nous placerons successivement l'enfant en face de chacun de ses auteurs.

1^o Vis-à-vis du père.

Il ne saurait bien évidemment être question de droits ni d'obligations réciproques qu'autant qu'il y aura entre l'enfant et son père un lien légal les rattachant l'un à l'autre. Chez nous, en dehors du mariage, ce lien peut exister par suite d'une reconnaissance volontaire. L'enfant a-t-il été reconnu par son père, la loi lui attribue une fraction des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime. Ne l'a-t-il pas été, elle lui interdit de rechercher son auteur et d'en rien exiger, pas même des aliments. Aucun rapport légal n'existe entre eux ; ils sont étrangers l'un pour l'autre. La condition de l'enfant est abandonnée à la générosité du père : il peut tout lui donner, comme il peut le laisser dans l'indigence et la misère. Et si cet enfant est le fruit d'un adultère ou d'un inceste, la loi le traite encore plus durement : non-seulement elle lui interdit de rechercher son père, mais elle défend à son père de le reconnaître. Elle ne lui accorde un droit à des aliments que dans les rares cas où en dehors de cette reconnaissance volontaire, sa filiation se trouvera légalement établie (1).

Ces principes du droit moderne ne sauraient être transportés dans la législation romaine. La reconnaissance des enfants naturels y fut toujours inconnue. Il faut chercher ailleurs un moyen de rattacher à leur père les enfants

1. Art. 334, 335, 340, 756, 757, 908, code civil.

issus du concubinat. Ce moyen on a cru le trouver dans le concubinat lui-même. Le mariage, a-t-on dit, est déterminatif de la paternité, il en doit être de même du *concupinatus* qui est un mariage de second ordre. Partant de là on a classé en diverses catégories les enfants conçus en dehors des justes noces. Les uns, fruit d'une union criminelle ou indifférente, n'ont pas de père aux yeux de la loi; on les appelle: « *spurii, vulgo concepti* ». Les autres au contraire issus du *concupinatus* ont un père aussi certain que s'ils fussent nés d'un légitime mariage, les jurisconsultes les désignent sous le nom de « *liberi naturales* » il existe entre eux et leur auteur des droits et des obligations réciproques.

Cette distinction que nous rencontrons au Bas-Empire n'a vraisemblablement pas été faite à l'époque classique. Il est inexact, à notre avis, qu'on ait établi entre les bâtards une série de degrés, mesurant leurs droits sur la nature des relations entretenues par leurs parents. La division des enfants en naturels simples, adultérins ou incestueux consacrée par la loi française, est longtemps demeurée étrangère aux Romains. Si, en fait, les jurisconsultes se servent parfois de noms différents pour distinguer les enfants conçus en dehors des *justæ nuptiæ*, en droit leur condition est identique. Du moment où ils sont nés hors mariage, que ce soit du concubinat ou du *contubernium*, d'une relation licite ou criminelle, ils n'ont pas de père aux yeux de la loi : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (1).

1. Loi 5. Dig. *De in jus vocando*, liv. II, tit. 4.

Cela se conçoit aisément dans le système adopté par M. Gide. Le *concubinatus* étant un fait extra-légal, il est naturel de n'y pas attacher plus d'importance qu'aux autres unions irrégulières. Il n'existe pas, il ne saurait produire d'effets, pas même celui de donner un père certain aux enfants qui en sont issus. Mais une pareille conclusion n'est-elle pas en opposition avec la théorie que nous avons précédemment admise? Si le concubinat fut reconnu par les lois caducaires la première conséquence à en tirer n'est-elle pas qu'il détermine la paternité comme le mariage? Lui refuser cet effet n'est-ce pas en nier la légalité? Nous avons essayé de montrer comment il était possible de concilier ces deux idées qui au premier abord paraissent contradictoires. Auguste régularisa le concubinat un peu malgré lui, sous la pression des mœurs, par suite de nécessités pratiques, mais il ne voulut pas en faire une institution rivale des *justæ nuptiæ*.

« Pourquoi, dit M. Labbé, eût-il enlevé au mariage « cette prérogative de démontrer le père? Cela répondait « mal à son but : *exempla majorum exsolescentia* « *reducere, revocare*. Il aurait non épuré les mœurs, « mais dissous la famille » (1).

Plus tard, il est vrai, on fut conduit à établir un lien entre les enfants issus de cette union et leur père. Ce résultat qui fut obtenu au Bas-Empire ne doit pas être reporté par anachronisme à l'époque classique.

D'ailleurs le système que nous repoussons conduit à des résultats difficilement acceptables. Si les enfants issus

1. Labbé sur Ortolan. *Appendice*, III, p. 697.

du *concubinatus* ont un père certain ne doivent-ils pas entrer en ligne de compte aussi bien que ceux issus de justes noces pour faire acquérir à leur auteur les privilèges attachés à la paternité et le soustraire aux déchéances portées contre le célibat. Certains romanistes l'ont soutenu et c'était logique. Si on admet le principe, il ne faut pas reculer devant les conséquences. Mais qui ne voit qu'un pareil système est la négation des idées moralisatrices d'Auguste? Pourquoi préférer le mariage, si le concubinat procure les mêmes avantages?

Aussi d'autres plus prudents ont-ils voulu s'arrêter sur cette pente glissante. Le *concubinatus* d'après eux produirait bien quelques-uns des effets attachés aux *justæ nuptiæ* : celui par exemple de donner un père certain aux enfants qui en sont issus, d'établir entre ces enfants et leur auteur une obligation alimentaire, mais il ne faudrait pas aller plus loin ni reconnaître à la paternité naturelle les mêmes prérogatives qu'à la paternité légitime. Cette distinction n'est-elle pas arbitraire? Si par la force des choses on se trouve amené à repousser certaines conséquences comme faussement attribuées à notre union, n'est-ce pas que le principe d'où elles découlent naturellement est lui-même un faux principe qui doit être écarté? Nous sommes d'autant mieux disposé à le croire que notre opinion trouve un point d'appui très résistant dans les textes. Aux yeux des jurisconsultes romains ce qui prouve la paternité c'est le mariage et le mariage seul : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* » Cette formule qui semble bien exclure le concubinat n'est que l'expression des idées romaines sur la constitution de la famille.

La famille chez nous est un groupe de personnes que les liens du sang rattachent les unes aux autres ou à un auteur commun. A Rome il n'en est pas ainsi. Ce n'est pas un lien naturel mais un lien civil qui unit entre elles les personnes dépendant d'un même maître. Le père de famille n'est pas celui qui engendre ; c'est celui qui commande : « *Pater autem familias appellatur qui in domum dominium habet.* » La puissance paternelle, voilà la vraie base de la famille romaine. Le *paterfamilias* la compose à son gré, il peut suivant son caprice en exclure ses propres enfants par l'émancipation et y faire entrer des étrangers en les adoptant. La paternité n'est une conséquence du mariage que parce qu'elle en a été la fin : *uxorem duxit liberorum quærendorum causa*. Cette expression que nous rencontrons fréquemment sous la plume des jurisconsultes montre bien la différence profonde qui sépare les deux unions. Le Romain se marie pour avoir une postérité, il prend une concubine pour satisfaire une passion, un caprice, se préoccupant plus de lui-même que de sa descendance. La loi respectueuse de sa volonté ne lui attribuera pas une paternité qu'il n'a pas recherchée.

Ce premier motif n'est pas le seul qui puisse être pris en considération pour restreindre la présomption de paternité au cas de *justæ nuptiæ*. La paternité étant entourée d'un voile ne peut être l'objet d'une preuve directe, ni d'une certitude indéniable. Le législateur pour l'établir est obligé de recourir à des présomptions. Il suppose que l'épouse a cohabité avec son mari et n'a pas cohabité avec un autre et il en conclut :

tout enfant conçu durant le mariage a pour père le mari (1). Ici encore il est naturel de ne pas étendre au concubinat la règle posée en cas de justes noccs. L'*uxor* étant une matrone, c'est-à-dire une femme de mœurs honnêtes, il est permis de penser qu'elle aura été fidèle à son mari. Mais il eût été parfois dangereux d'étendre une pareille présomption à la concubine qui est le plus souvent une personne de moralité suspecte : une affranchie, une entremetteuse, une prostituée peut-être !

L'esprit de la loi est donc pleinement d'accord avec son texte pour résister à l'assimilation qu'on a voulu faire sur ce point entre le *concubinatus* et les justes noccs.

Indépendamment de ces arguments nous trouvons dans les monuments épigraphiques une nouvelle preuve que tous les enfants naturels étaient mis à Rome sur un pied d'égalité parfaite. Si le concubinat avait eu comme le mariage la prérogative de démontrer le père, les enfants qui en étaient issus auraient dû porter un nom permettant de les distinguer des autres enfants naturels. Aussi nos adversaires se sont-ils ingéniés à trouver cette dénomination différente et ils ont cru découvrir l'expression de « *filius naturalis* » réservée à l'enfant issu « *ex concubinato* », alors que les autres bâtards auraient été confondus sous le terme générique de *spurii*, *vulgo concepti*. Dans une remarquable étude publiée dans la *Revue historique*, M. Mispoulet a fait justice de cette opinion (2). Le savant auteur a montré que l'expression de *filius naturalis* loin

1. Art. 312.

2. Mispoulet, *Etude d'institutions romaines*, p. 258 et suiv.

d'être exclusive aux enfants nés du *concubinatus*, est employée, tantôt pour désigner les bâtards d'origine servile, tantôt pour faire antithèse au *justus filius* ou au *filius adoptivus*. Que celle de *spurius* s'applique par contre à tout enfant né hors mariage, peu importe, que ce soit de rapports passagers ou durables : *quasi sine marito natus, spurius, habebitur*.

Enfin il est une dernière remarque tendant encore à nous confirmer dans cette pensée que la présomption de paternité est spéciale aux justes noces. L'enfant né du mariage prend le nom et suit la condition de son père. Au contraire, l'enfant issu du concubinat prend le nom et condition de sa mère (1). Pourquoi si ce n'est toujours pour ce même motif que dans notre union la paternité est incertaine?

Nous avons insisté sur ce point parce qu'il nous a paru d'une importance capitale. Les enfants issus du *concubinatus* étant des étrangers pour leur père, il ne saurait exister entre eux et leur auteur, ni obligation alimentaire, ni droit de successibilité, ni *obsequia*. Reprenons successivement ces divers points et essayons de montrer que notre conclusion n'est pas démentie par les textes.

I. — Les enfants issus du concubinat ne peuvent demander des aliments à leur auteur. Cette solution est à la vérité contestée. On a invoqué en faveur de l'opinion contraire un texte d'Ulpien où le jurisconsulte remarque que l'obligation alimentaire existe non seulement à l'égard des enfants en puissance, mais aussi envers les enfants émancipés ou reconnus *sui juris* pour une autre

1. Corpus. Insc. Lat., t. IV, n. 2346.

cause : « *vel ex alia causa sui juris constitutos* » (1). Cette dernière expression désigne, assure-t-on, les enfants issus d'une union concubinaire. Mais ce n'est là qu'une simple conjecture ; elle nous paraît assez peu vraisemblable et nous croyons que si Ulpien avait entendu viser les enfants nés *ex concubinato*, il l'eût fait avec plus de précision. Il nous semble plus conforme à sa pensée de n'accorder ce droit à des aliments qu'aux enfants légitimes qu'ils soient ou non *sui juris*. Cette solution se dégage, à notre avis, de la suite du texte. Après avoir posé dans le § I de notre fragment le principe d'une obligation alimentaire entre parents et enfants, le jurisconsulte s'occupe ensuite des conditions requises pour être en état d'invoquer ce droit à des aliments. Et corrigeant ce que sa première assertion peut avoir d'un fait absolu, il déclare que l'enfant même *vulgo quaesitus* sera toujours en droit d'exiger des aliments de sa mère, mais qu'il n'en pourra demander à son père qu'après avoir établi sa filiation légitime : « *si constiterit apud judicem juste eam procreatam* » (2).

II. — Ce que nous avons dit de la pension alimentaire nous le dirons à plus forte raison des droits successoraux : il n'existait entre les enfants nés « *ex concubinato* » et leur auteur aucun droit de successibilité réciproque.

On sait qu'à Rome la transmission des biens *ab intestat* se faisait selon des principes posés, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien. Cette dualité de règles s'expli-

1. Loi 5, § 1. 4, et 5 liv., 25 titre 15.

2. Loi 3, § 7 et Loi 7, Dig. Liv. XXV, tit. 3.

que étant donnée l'organisation familiale de cette époque. La famille antique, nous l'avons vu, est avant tout une œuvre de volonté ; elle n'a pas un fondement naturel mais civil : l'agnation. On appelle ainsi le lien qui unit entre elles les personnes descendant par les mâles d'un auteur commun et qui se trouvent ou se trouveraient sous sa puissance s'il était encore vivant. Elle exclut les femmes et les parents par les femmes. A cette conception primitive correspond le système successoral de la loi des XII Tables. Basé uniquement sur ce lien factice, artificiel, de l'agnation, il ne tient aucun compte des affections naturelles. L'enfant que le défunt a émancipé est exclu de sa succession où vient prendre part l'étranger qu'il adopte.

A côté de cette parenté civile, arbitraire, il en était une autre fondée sur le sang et la communauté d'origine : la cognation. A la différence de l'agnation qui se développe par les hommes, la cognation s'étend et se ramifie par les femmes. Elle produit peu d'effets à l'origine puisque la plupart des droits de famille, particulièrement ceux de tutelle et de succession, sont attachés à l'agnation. Mais ce système du vieux droit civil qui préférerait l'agnat le plus éloigné au cognat le plus proche était trop irrationnel, trop contraire aux lois de la nature pour n'être pas battu en brèche. Le vice s'en fit plus vivement sentir encore lorsque la *manus* devenant moins fréquente, il n'y eût aucun lien civil pour rattacher l'enfant à sa mère. Alors le prêteur intervint et corrigea dans une certaine mesure le rigorisme de la loi des XII Tables. Quelques effets furent accordés à la cognation.

tion : la nature commençait à reprendre ses droits. C'est ainsi qu'à côté du système successoral du droit civil, se développa parallèlement le système successoral du droit prétorien. Pour succéder « *jure civili* », il fallait être l'agnat du défunt, pour lui succéder *jure prætorio*, il suffit d'être son cognat. L'enfant issu du concubinat pouvait-il prétendre à l'une ou à l'autre de ces qualités ? Je ne le pense pas. A la différence des *justæ nuptiæ*, le *concubinatus* n'engendrant pas l'agnation, l'enfant qui en était issu se trouvait exclu de la succession de son auteur « *jure civili* ». Ne pouvait-il pas au moins y venir *jure prætorio*, en invoquant la *bonorum possessio unde cognati* ? Pas davantage, car s'il n'était pas l'agnat de son père, il n'était pas non plus son cognat. La cognation est la parenté par les femmes, c'est par les femmes seulement qu'elle se développe. De nombreux textes nous le prouvent : *Et quidem naturalis cognatio per se civili cognatione intelligitur quæ per fœminam descendit*, nous dit Modestin. (1) Et Gaius n'est pas moins affirmatif : « *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem natus, fratris filius nepos ve ex eo... At hi qui per feminini sexus personas cognatione conjunguntur non sunt adgnati sed alias naturali jure cognati* ». Qu'on se place au point de vue de la parenté naturelle ou au point de vue de la parenté civile, la solution est donc la même : l'enfant conçu en dehors des justes

1. Loi 4, § 2, Dig., liv. XXXVIII, titre X.

2. Gaius. C. I. § 156.

noces est un étranger pour son père, il n'existe entre eux aucun rapport légal.

On peut trouver surprenante cette méconnaissance des droits du sang dans une législation qu'on a quelquefois appelée la raison écrite. Il convient d'ajouter que le père pouvait atténuer la sévérité de la loi dans une large mesure. Il lui suffisait pour cela d'instituer héritier son enfant ou de le faire entrer dans sa famille par l'adrogation. La pratique offrait ainsi un moyen facile d'adoucir la rudesse du droit et de suppléer à son insuffisance.

Si l'enfant issu du concubinat ne peut se prévaloir du fait de naissance pour rien exiger de son auteur, par une juste réciprocité, il n'est tenu envers lui d'aucune obligation particulière. Il pourra le poursuivre en justice sans autorisation du magistrat, lui opposer une exception de dol, le faire condamner au-delà de ses moyens. Le droit aux *obsequia* est un effet exclusif aux *justæ nuptiæ*, il ne faut pas l'étendre aux unions concubinaires. On a soutenu il est vrai une opinion contraire. On a prétendu en particulier que l'enfant né du *concubinatus* ne pouvait poursuivre son père en justice en se fondant sur ce fragment de Paul : *Parentes naturales in jus vocare nemo potest* (1). En réalité ce texte n'infirme en rien notre solution. Paul a vraisemblablement voulu opposer ici les parents naturels aux parents adoptifs. Cela paraît bien résulter du fragment suivant où le même jurisconsulte nous dit : « *Patris adoptivi parentes impune vocabit : quoniam hi ejus parentes non sunt...* » (2). Et quand

1. Loi 6, Dig., de in jus vocando, liv. 2, tit. 4.

2. Loi 7, Dig., de in jus vocando, liv. 2, tit. 4.

bien même on contesterait cette interprétation l'expression de *parentes naturales* étant assez large pour comprendre tous les parents selon la nature quelle que soit la régularité de l'union, il faudrait reconnaître encore qu'il n'y a là rien de spécial au concubinat.

Enfin le concubin ne pourra pas, comme le père légitime, imposer un tuteur à son enfant. On ne saurait tirer argument en sens contraire d'un passage d'Hermogénien, où le jurisconsulte nous apprend qu'un père naturel peut laisser un tuteur à son fils sauf confirmation du magistrat et à condition de l'instituer son héritier (1). Ce n'est pas là à proprement parler un effet du concubinat puisque dans la même hypothèse un étranger aurait les mêmes droits (2).

2° *Vis-à-vis de la mère.*

Envisagée par rapport à sa mère la condition de l'enfant issu d'une union concubinaire est toute différente. La même loi qui le considère comme un étranger pour son père lui donne à l'égard de sa mère des droits égaux à ceux d'un enfant légitime. Cette différence peut nous paraître choquante, elle est pourtant logique.

Les Romains, en effet, ne se sont pas inspirés des considérations qui ont guidé notre législateur moderne dans la réglementation des droits de l'enfant naturel. Ils ne lui ont pas fait un crime de l'irrégularité de sa

1. Loi 7, Dig. p., Liv. XXVI, tit. 3.

2. Loi 4, Dig., eod. tit.

naissance, et n'ont pas voulu atteindre les parents coupables en frappant le fils innocent. Ils sont partis d'un tout autre principe. Nous l'avons déjà dit, pour qu'il soit permis à l'enfant d'invoquer des droits vis-à-vis de son auteur, il est nécessaire qu'on puisse les rattacher l'un à l'autre avec certitude. Or, aux yeux des jurisconsultes romains, ce qui démontre le père c'est le mariage : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

Toute paternité, étant légalement incertaine en dehors des *justæ nuptiæ*, doit légalement demeurer sans effets. Au contraire, ce qui démontre la mère, c'est l'enfantement : *mater enim certa est etiam si vulgo conceperit*. « La maternité étant toujours certaine, quelle que soit la nature de l'union, doit produire dans tous les cas des effets identiques. Après cela, qu'y a-t-il d'étonnant à ce que le *vulgo quæsitus* et le légitime soient mis sur un pied d'égalité parfaite? Tous les deux n'ont-ils pas une mère aussi certaine? Nous serons donc conduits à reconnaître à l'enfant né « du *concubinatus* », dans ses rapports avec sa mère, les droits et les obligations que nous lui avons refusés à l'égard de son père.

Ainsi l'obligation alimentaire existera entre la concubine et ses enfants (1).

De même, le prêteur établit entre eux un droit de successibilité réciproque. La mère et l'enfant pourront venir à la succession l'un de l'autre par la *bonorum possessio unde cognati*. La concubine sur ce point est même plus favorisée que l'*uxor*. En effet, dans l'ordre des succes-

1. Dig. Loi, 5, §4, liv. XXV, tit. III.

seurs établi par le droit prétorien, toutes deux ne viennent qu'à défaut d'héritiers siens et d'agnats ; or, il n'était pas rare que ces deux ordres d'héritiers fissent défaut dans la succession d'un enfant naturel qui n'avait point d'agnats en dehors de ses descendants (1).

Par contre, l'enfant devra à sa mère la *reverentia*. Il ne pourra la poursuivre par une action infamante, la citer en justice sans autorisation du magistrat, lui opposer l'exception de dol, ou la faire condamner au-delà de ses moyens (2).

La concubine pourra aussi par testament nommer un tuteur à son enfant. Seulement cet acte étant nul *jure civili*, puisque la mère n'exerce pas la *patria potestas*, il faudra l'intervention du prêteur pour le valider : *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat, sed si dederit, decreto prætoris vel proconsulis ex inquisitione confirmabitur* (3).

A vrai dire, ce ne sont pas là des effets du concubinat mais des conséquences de la maternité.

1. Loi 2, Dig. Liv. 38. Tit. 8.

2. Loi 4, § 3. Dig. Liv. 2. Tit. 4.

3. Loi 2, Dig. Liv. XXVI. Tit. 3.

CHAPITRE V

LE CONCUBINAT ET LES LOIS CADUCAIRES.

SOMMAIRE : Récompenses données à la procréation légitime.

Jus liberorum. — *Jus capiendi.* — *Jus caduca vindicandi.* —

Faut-il étendre ces privilèges au concubinat. — Système de M. Pilette. — Objections à ce système. — Différence entre le concubin et la concubine à propos de la jouissance du *jus liberorum*.

Avant d'en avoir fini avec cette seconde période, il nous reste à jeter un rapide coup d'œil sur la situation des concubins en face des lois caducaires. On connaît la pensée qui avait inspiré les réformes d'Auguste. Empiétant sur le domaine de la morale, le législateur avait tenté de faire revivre les antiques vertus romaines par un ingénieux système de récompenses et d'incapacités. En même temps qu'il punissait le célibat et la stérilité, il entourait de ses faveurs les unions légitimes et fécondes. Parmi les prérogatives ainsi attachées à la paternité dérivant des justes noces ; il en est trois qui doivent attirer spécialement notre attention : le *jus liberorum*, le *jus capiendi* et le *jus caduca vindicandi*.

Le « *jus liberorum* » était accordé à ceux qui avaient procréé un certain nombre d'enfants. Il procurait des avantages variés : une remise d'âge pour les honneurs,

l'exemption de certaines charges publiques, en particulier de l'*onus judicandi*. Celui des deux consuls qui avait le plus d'enfants pouvait, au dire d'Aulu-Gelle, se faire précéder des faisceaux avant son collègue (1). Enfin, Papien nous apprend que ce droit fournissait une cause d'excuse suffisante pour la tutelle.

Les privilèges résultant du « *jus capiendi* » n'étaient pas moins appréciables. La personne qui en était investie échappait aux déchéances portées contre les *cælibes* et les *orbi*. Il lui était loisible de recueillir la totalité des libéralités *ab intestat* ou testamentaires faites à son profit, aux termes de la loi *Julia* au contraire, les célibataires ne pouvaient recueillir ni hérédités, ni legs, et les *orbi* subissaient une incapacité de même nature mais réduite à la moitié de la disposition. (1),

Leurs parts caduques allaient accroître celles de leurs cohéritiers ou colégataires *patres*, en droit de se prévaloir du « *jus caduca vindicandi* » (2).

On s'est demandé s'il convenait d'étendre au concubinat ces diverses prérogatives attachées à la paternité légitime? Si les concubins pouvaient comme les gens mariés échapper aux incapacités et bénéficier des récompenses établies par les lois nouvelles?

Ici encore, la solution ne sera pas la même suivant qu'il s'agira de l'homme ou de la femme. La majorité des interprètes sont d'accord pour donner à la concubine le *jus liberorum* et le *jus capiendi*. Quant au *jus*

1. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. II, Ch. V.

2. Gaius, II, §§ 111 et 286.

« *caduca vindicandi* » les textes relatifs à ce droit ne parlant que de « *patres, jus patrum* », nous pensons qu'il faut le refuser aux femmes quel que soit le nombre de leurs enfants.

La question se présente sous un aspect différent si on l'envisage par rapport au concubin.

En ce qui concerne le *jus capiendi* et le *jus caduca vindicandi* la réponse à notre avis ne saurait être douteuse. Les jurisconsultes qui emploient les expressions de *vir, uxor, matrimonium*, en parlant de ces droits, semblent bien en faire des prérogatives exclusives aux *justæ nuptiæ*. Et l'esprit de la loi aussi bien que son texte se refuse ici à une interprétation extensive. Auguste en promulguant les lois caducaires ne visait pas seulement un accroissement de la population, sachant qu'il n'y a de sûrement prolifiques que les unions permanentes, il se proposait surtout de donner un puissant encouragement au mariage. C'eût été un singulier moyen que d'en étendre les privilèges au concubinat. Il n'y a donc pas lieu d'assimiler sur ce point les unions concubinaires aux unions légitimes, et le système dans lequel M. Pilette s'est efforcé de démontrer le contraire est demeuré sans écho dans la doctrine (1). C'est là véritablement un droit fantaisiste, écrit M. Bonnier (2) et M. Accarias ajoute : Cette doctrine n'est pas sérieuse et manque d'appui dans les textes. Aussi ne nous y arrêtons-nous pas.

1. *Revue historique*, année 1865, pag. 224 et suiv.

2. Bonnier sur Ortolan, Liv. I. Appendice III, pag. 695. Accarias. Précis de Droit Romain I, p. 1008.

L'extension du « *jus liberorum* » au concubinat se présente sous un jour plus favorable et a soulevé quelques divergences parmi les interprètes. Elle mérite un examen spécial.

Une des principales prérogatives de ce droit était, nous le savons, de fournir l'*excusatio tutelæ*. Le citoyen qui avait trois enfants à Rome, celui qui en avait quatre en Italie, ou cinq dans les provinces, pouvait se dispenser d'accepter une tutelle (1). C'est précisément à propos de cette question de l'*excusatio tutelæ* que M. Pilette a cru trouver dans le langage employé par les jurisconsultes des arguments permettant d'étendre le *jus liberorum* aux concubins. Son point de départ est simple. Le concubinat étant un mariage d'espèce inférieure doit produire les effets attachés aux justes noces. Les enfants qui en sont issus ne sont pas, il est vrai, placés sous la puissance de leur auteur, mais cela importe peu. Les femmes n'exercent jamais la *patria potestas*; il n'est cependant pas douteux qu'elles puissent se prévaloir du « *jus liberorum* » si elles ont mis au monde le nombre d'enfants exigé par les lois. Cette question de *patria potestas* écartée que reste-t-il ? La certitude de la maternité et de la paternité : or, cette certitude résulte avec autant de force d'un concubinat que d'un mariage légitime. Cette doctrine ressort bien des textes ; Papinien ne nous dit-il pas, que les enfants *justi* ou *injusti* procurent l'exemption de l'*onus judicandi* ? « *Justi autem an injusti sint filii non requiritur, multo minus in potestate nec ne sint, cum*

1. Nay. Vatic. § 191, 194, 196.

etiam judicandi onere injustos filio relevare Papinianus libro V. quæstionum scribat (1) ». Qu'est-ce que ces enfants *injusti* dont parle le jurisconsulte, si ce n'est ceux issus d'une union concubinaire ?

On invoque en sens contraire un autre passage des fragments du Vatican où nous trouvons une controverse tranchée par un rescrit de Marc-Aurèle : « *Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. Sed divi Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita rescripserunt : » Si instrumentis probas habere te tres justos liberos, excusationem tuam Manilius Carbo prætor vir clarissimus accipiet : Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsitæ sint (2)*. Pour être dispensé de la tutelle d'après la décision impériale, il est donc nécessaire d'avoir trois enfants et trois enfants « *secundum jus civile quæsitæ* », ce qui au premier abord semble bien exclure ceux nés du concubinat. Mais ce n'est là qu'une apparence. Ces enfants issus d'une union concubinaire sont en réalité « *secundum jus civile quæsitæ* » puisqu'ils doivent le jour à une union reconnue par le droit civil, par les lois caducaires s'ils ne sont pas *justi*, ils sont au moins *legitimi*, et Modestin nous déclare expressément que tous les enfants *legitimi* sans distinction procurent l'*excusatio tutelæ* : « *Legitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate* ».

1. Fragm. Vatic. § 194.

2. Frag. Vatic., § 168.

3. L. 2. § 3. Dig. liv. 27. Titre I.

Cette argumentation ne peut nous convaincre. Nous avons essayé de montrer précédemment que le principe qui lui sert de base, la certitude de la paternité découlant du concubinat est un faux principe. Après avoir rejeté le point de départ du système, nous ne saurions en admettre les conséquences. Sans doute, les enfants nés de notre union comptent à leur mère pour la faire bénéficier des faveurs attachées aux *justæ nuptiæ* et en particulier du *jus liberorum*, mais ce n'est là qu'une conséquence de la certitude attachée à la maternité : Il n'est pas juste d'assimiler à ce point de vue le concubin à la concubine, puisque toute paternité est incertaine en dehors du mariage.

Notre opinion est conforme aux textes.

La distinction faite par M. Pilette en « *liberi justî* » et « *liberi legitimi* » est ingénieuse, mais nullement décisive.

Le sens du § 168 des Fragments du Vatican qui exige pour procurer l'excuse de la tutelle des enfants *justi* c'est-à-dire conçus « *secundum jus civile* » est faussé par l'explication qu'en donnent nos adversaires. N'est-il pas étrange de prétendre que par cette expression « *secundum jus civile quæsitî* » les jurisconsultes ont entendu désigner les enfants issus du concubinat conçus selon le nouveau droit introduit par les lois caducaires. « Il nous paraît bien contraire au génie de la jurisprudence romaine, écrit M. Bonnier, de qualifier de *jus civile*, ce que les textes appellent *novæ leges*. »

Mais si cette expression de *liberi justî* se réfère exclusivement aux enfants issus de justes noces, celle de *liberi*

injusti ne désigne-t-elle pas par contre les enfants nés du concubinat ? Il est possible, à notre avis, de lui donner un autre sens et les interprètes en ont même proposé deux explications différentes.

D'après un premier système cette expression d'*injusti* s'appliquerait aux enfants issus d'un mariage valable selon le droit civil ancien, mais interdit par les lois caducaires. Ces lois, on le sait, défendaient le mariage entre les membres de l'ordre sénatorial et leurs descendants *per masculos*, et les femmes rangées *in classe secunda* : comédiennes, entremetteuses, affranchies, etc. Il pouvait donc arriver qu'un *matrimonium* fût *justum* selon l'ancien droit et *injustum* d'après les règles du droit nouveau : les enfants issus de ces unions étaient qualifiés d'*injusti* (1). »

Cette interprétation, il faut le reconnaître, n'est pas pleinement satisfaisante. Il est difficile de traiter d'*injusti* des enfants issus « *ex justis nuptiis* » et on comprend malaisément que si les lois caducaires ont introduit des empêchements nouveaux elles n'aient pas frappé de nullité les mariages contractés au mépris de ces prohibitions.

Aussi convient-il à notre avis de donner au mot « *injusti* » une signification différente. Il servait très probablement à désigner l'enfant né d'une union contractée entre un citoyen et une pèrègrine, ou entre deux pèrègrins, c'est-à-dire d'un mariage du droit des gens. Dans ces sortes d'unions la femme est souvent désignée sous le nom d'*uxor injusta*, pourquoi l'expression d'*injusti* n'au-

1. Demangeat, I, 426.

rait-elle pas été étendue aux enfants? Cela nous paraît d'autant plus vraisemblable que les fragments qui précèdent s'occupent de la situation des Latins-Juniens. Ils décident qu'ils peuvent se faire exempter de la tutelle à l'exemple des citoyens romains. Or, les Latins Juniens ne sont que des pèrègrins privilégiés. Dès lors, la transition n'est-elle pas naturelle? Après avoir examiné la condition faite aux Latins-Juniens relativement à l'*excusatio tutelæ*, le jurisconsulte examine celle des pèrègrins ordinaires. Il décide qu'ils pourront se prévaloir du nombre de leurs enfants pour invoquer cette excuse parce qu'il n'y a pas à s'occuper ici si les enfants sont issus de justes noces ou d'un mariage du droit des gens : « *Justi autem an injusti sint filii non requiritur.* »

Quant au texte de Modestin qui déclare que les enfants légitimes procurent l'*excusatio tutelæ*, bien qu'ils ne soient pas sous la puissance de leur auteur, M. Pilette ne saurait davantage l'invoquer en sa faveur. En effet, si l'expression de « *legitimus* » devait s'appliquer aux enfants issus du concubinat, il faudrait logiquement en conclure que ces enfants peuvent venir à la succession de leur auteur par la *bonorum possessio unde legitimi*, ce que personne ne soutient. N'est-il pas plus naturel de penser que par cette expression de « *legitimi etsi non sint in potestate* », le jurisconsulte entend désigner des enfants légitimes nés du mariage. Bien qu'ils ne soient plus sous la puissance de leur auteur « *etsi non sint in potestate* », ils feront nombre néanmoins pour l'*excusatio tutelæ*. Cette interprétation paraîtra assez naturelle si on la rapproche d'un autre fragment où Ulpien nous

déclare que les enfants, bien que sortis de la *patria potestas*, pourront néanmoins dispenser leur père des charges publiques. *Incolumes liberi, etiam si in potestate patri suo desierint esse, excusationem acivilibus muneribus præstant* (1).

La doctrine extensive de M. Pilette est donc loin de trouver sa confirmation dans les textes ; de plus, elle est contraire aux idées qui ont inspiré la réforme des lois caducaires : ces deux raisons nous suffisent pour l'écarter.

1. Loi 2, § 5. Dig. Liv. 50, tit. 5.

TROISIEME PÉRIODE

Le concubinat au Bas-Empire.

CHAPITRE PREMIER

L'ÉGLISE ET LE CONCUBINAT.

SOMMAIRE : Attitude de l'Eglise vis-à-vis du concubinat. — Deux systèmes opposées. — Le Concile de Tolède permet d'avoir une concubine. — Doctrine contraire de saint Augustin. — Principes du droit civil et du droit canon en matière de concubinat et de mariage. — Unité, indissolubilité du lien conjugal. — Caractères du concubinat admis par l'Eglise. — Pourquoi elle finit par le combattre.

Nous n'avons pas intention de présenter ici un exposé de la doctrine canonique en cette matière ; ce serait sortir de notre compétence et du cadre que nous nous sommes tracé. Néanmoins comme la législation ecclésiastique, tout en n'ayant aucune valeur officielle, inspira plus d'une fois les décisions des empereurs chrétiens, il nous a paru intéressant, avant d'étudier le concubinat dans ses rapports avec les pouvoirs civils, de l'envisager dans ses rapports avec l'Eglise.

Le *concubinatus*, nous l'avons vu, était devenu à partir d'Auguste une union régulière reconnue par les lois et impliquant des relations suivies entre un homme et une femme en dehors du mariage. Il se formait par la seule volonté des parties et se dissolvait de même. Il plaçait la femme dans une situation d'infériorité marquée. Enfin, s'il faut en croire certains interprètes, il n'est pas sûr que le principe de la monogamie dût y être étendu comme aux *justæ nuptiæ*. Quelle allait être l'attitude de l'Église vis-à-vis de ce concubinage légal? Allait-elle entrer en lutte avec lui et tenter de l'éliminer? Allait-elle au contraire essayer de le régulariser et en faire un mariage valable « *jure canonico* »? Sa doctrine sur ce point ne se dessine pas avec netteté et n'apparaît pas au premier abord parfaitement homogène. Si l'on se réfère aux décisions des conciles et des docteurs on se trouve en présence de deux séries de textes contradictoires; les uns favorables, les autres hostiles aux unions concubinaires. C'est ainsi que le premier concile de Tolède semble bien reconnaître ces sortes d'alliances puisqu'il permet de choisir entre une épouse et une concubine sans pouvoir toutefois cumuler les deux : *Is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet a communione non repellatur tantum est unius mulieris aut uxoris, aut concubinae, ut ei placuerit sit conjunctione contentus* » (1).

Et un texte attribué à Isidore de Serville vient confirmer cette assertion en déclarant qu'un chrétien peut prendre une concubine s'il n'est pas marié : *Christiano non*

1. Décret de Gratien (C. Dist. D. XXXIV).

dicam plurimas sed nec duas simul habere licitum est, nisi unam tantum, aut uxorem, aut certe loco uxoris (si conjux de est), concubinam (1). Mais saint Augustin professe une doctrine contraire. Il exclut de la communion des fidèles ceux qui avant le mariage s'associent à des concubines qu'ils renvoient ensuite pour prendre des épouses légitimes. Il affirme que sous la loi chrétienne de pareilles conjonctions n'ont jamais été permises et ne le seront jamais : *Temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit nunquam licebit*. Et il n'hésite pas à les condamner comme plus coupables que l'adultère à cause du scandale qu'elles engendrent... *qui ante nuptias legitimas concubinam sibi adhibere præsumit pejus peccatum facit quam qui adulterium committit*. Sermon 289. C. IV.

La première idée qui se dégage naturellement de ces textes contraires est que l'Église suivit sur ce point deux systèmes opposés. Après avoir consacré le concubinat, elle finit par le combattre. Ainsi formulée, cette proposition nous paraît trop absolue. Sans doute l'Église, à une certaine époque, reconnut un concubinat, des autorités sérieuses nous l'affirment et leur témoignage ne saurait être mis en doute, mais il ne nous paraît pas douteux non plus que ce concubinat fût différent de celui consa-

1. Décret de Gratien. C. 5. Dist. XXXIV. Voyez dans le même sens. C. XVI, de Saint Hyppolyte : « *Si christianus, postquam cum concubina speciali vixit quæ ex ipso peperit filium, illa spreta (aliam feminam) ducere vult est occisor hominis, nis forte in fornicatione illam deprehenderit.* »

cré par les lois romaines. Nous avons vu ce qu'était devenue cette institution à Rome : résoluble à volonté, établissant entre les concubins une inégalité choquante et laissant même, au dire de certains auteurs, la porte ouverte à la polygamie. Ainsi comprise, elle était trop directement opposée aux principes que l'Église n'a jamais cessé de proclamer sur l'unité, l'indissolubilité du lien conjugal et la réciprocité des devoirs domestiques pour avoir pu être transportée de la législation civile dans la législation canonique. Il est assez vraisemblable de supposer qu'en y entrant elle subit une transformation analogue à celle des *justæ nuptiæ* elles-mêmes.

Les deux pouvoirs à cette époque légiféraient dans une sphère distincte, suivant cette voie parallèle qu'ils ont reprise de nos jours. Ils avaient réglé l'union des sexes de façon différente. L'Église avait ses règles, la loi civile avait les siennes. Si elles se rapprochaient par certains côtés, elles différaient sur beaucoup de points. Sans doute le mariage religieux se formait à l'instar des *justæ nuptiæ* par le mutuel consentement des parties de se prendre pour mari et femme. Il n'était même pas nécessaire que ce consentement eût été échangé devant témoins ou en présence du prêtre. Avant la réforme du Concile de Trente, en effet, si la bénédiction nuptiale était recommandée, elle n'était pas indispensable à la formation du mariage chrétien. Mais à part cette absence de formes, les autres conditions de validité n'étaient pas toujours les mêmes dans les deux législations. Un mariage pouvait être nul aux yeux du droit canon et valable pour le droit civil. En sens inverse il pouvait y avoir concubinat « *jure*

civili » et justes noces « *jure canonico* ». Cela dut même arriver fréquemment.

Tout en préférant le célibat, l'Eglise eut une tendance marquée à favoriser le mariage. Le mariage en effet avait été élevé par le Christ à la dignité de sacrement. De plus, elle le considérait comme un remède nécessaire à la concupiscence. Mieux vaut, dit l'apôtre saint Paul, se marier que brûler : *Propter fornicationem unus quisque suam uxorem habeat et una quæque suum virum habeat... quod si non continent nubant, melius est enim nubere quam uri* (1). Aussi à la différence de l'ancien droit qui avait multiplié à l'excès les obstacles d'ordre social ou politique, tendit-elle à affranchir l'union des sexes de toute espèce d'entraves. En cela elle se rapprochait de la loi naturelle dont le vieux droit civil s'était écarté. Elle poussa si loin cette idée, qu'elle en vint jusqu'à affaiblir la puissance paternelle et déclara capables de se marier sans le consentement de leurs ascendants toutes les personnes pubères. On comprend dès lors qu'elle soit restée étrangère aux motifs qui avaient inspiré les empêchements aux *justæ nuptiæ* entre personnes de condition disproportionnée. Selon les lois romaines, nous le savons, toute femme ne pouvait être épouse légitime de tout homme. Un homme libre ne pouvait épouser une esclave, ni un sénateur une affranchie ou une comé-

1. Corinth. VI, 2 et 9. Dans la première épître à Timothée le même apôtre s'adressant aux jeunes veuves leur dit : *Volo ergo vos juniores nubere, filios procreare, matres familias esse nullam occasionem dare adversario maledicti gratia*. I., Tim., V., 14.

dienne. Ces femmes, qui ne pouvaient être tenues à titre d'épouses, pouvaient être concubines ou femmes de second rang. L'Eglise n'entra point dans ces considérations. Elle se fit du mariage une conception plus large, plus ouverte, et fut amenée à convertir en justes noces des alliances où le droit civil ne voulait voir encore que de simples concubinats. Mais en entrant dans le domaine du droit canon ces unions reconnues par des lois de l'Empire, soit à titre de *justæ nuptiæ* soit à titre de *concubinatus*, subirent une transformation profonde et prirent une solidité qu'elles n'avaient jamais eue.

Différant quant aux conditions nécessaires à leur existence, le mariage officiel et le mariage canonique ne différaient pas moins quant à leurs effets. Ce dernier était indissoluble et mettait les conjoints sur un pied d'égalité parfaite au point de vue de la violation des devoirs de famille. Puisqu'ils portent les mêmes chaînes, dit saint Jérôme, il est juste qu'ils soient tenus des mêmes obligations : *apud nos quod non licet feminis œque non licet viris et eadem servitus pari conditione censetur* (1). Sur ces deux points le droit canon se trouvait en opposition flagrante avec le droit civil qui admettait le divorce et avait toujours considéré l'adultère de la femme comme plus grave parce qu'il introduisait un sang étranger dans la famille.

Ces principes de la jurisprudence canonique durent rester les mêmes dans l'hypothèse d'un simple *concubinatus*. L'Eglise n'a pas pu admettre pour ces sortes

1. Saint Jérôme, C. 19, 20 ; C. 2^e, 5.

d'unions des règles qui auraient été la négation de celles qu'elle proclamait en matière de mariage et reconnaître deux formes de l'union sexuelle, l'une indissoluble, monogame, l'autre résoluble à volonté et autorisant la polygamie.

L'indissolubilité du lien s'imposait avec autant de force pour elle, quelle que fût la nature de l'union. Les paroles du Christ sur lesquelles elle a fondé sa doctrine ne comportent aucune distinction à cet égard, et si elle en a tiré cette conséquence que le mariage était indissoluble, elle a dû pour la même raison conclure à la perpétuité de l'union concubinaire. « C'est bien là, en effet, la solution qui se dégage du texte cité plus haut où Saint Hippolyte nous déclare que celui qui a vécu avec une concubine et l'a rendue mère, ne peut la répudier ensuite pour épouser une autre femme, à moins qu'il ne l'ait surprise *in fornicatione* » (Voy. page 94. Note).

De même en admettant que le *concubinatus* reconnu par la jurisprudence romaine pût être polygame, il perdit certainement ce caractère en entrant dans le domaine du droit canon. Les textes précédemment cités ne nous laissent aucun doute à cet égard. Le concile de Tolède interdit formellement le cumul d'une *uxor* et d'une concubine et Isidore de Séville reproduit une prohibition analogue : *Christiano non dicam plurimas (concubinas) sed nec duas simul habere licitum est.*

Ainsi dépouillé des caractères qui faisaient son originalité dans la loi romaine le concubinat n'avait plus rien d'essentiellement contraire aux principes du droit canon qui approuve toute conjonction de l'homme et de la femme

pourvu qu'elle soit unique et perpétuelle. On conçoit dès lors que l'Eglise ait pu le reconnaître. Mais si l'on va au fond des choses, on voit que les canonistes en employant les termes différents d'*uxor* et de *concubina* traduisent simplement deux conceptions différentes du droit romain sur l'union des ~~sexes~~, il n'en faut pas conclure qu'ils les adoptent dans leur ensemble. Sous leur plume ces expressions prennent un tout autre sens que celui qu'elles avaient aux yeux des jurisconsultes. Si les mots sont restés les mêmes, les institutions diffèrent profondément, et le concubinat admis par l'Eglise ressemble aussi peu au *concubinatus* officiel que le mariage religieux aux *justæ nuptiæ* du droit civil.

Quoiqu'il en soit, en rapprochant ainsi les unions concubinaires des unions légitimes, l'Eglise s'était efforcée de les rendre plus stables et de les discipliner. Elle ne devait pas persévérer dans cette voie. Le concubinat portait en lui des germes d'immoralité qui devaient le faire condamner par la morale chrétienne. A côté d'unions assez semblables en fait au mariage, il cachait trop souvent des liaisons libertines et coupables. « Avec un instinct sûr, » dit M. Esmein, une doctrine se forma dans l'Eglise, d'« près laquelle il ne fallait pas chercher à purifier mais » bien à éliminer le concubinat. Elle a son expression « très nette dans les Constitutions apostoliques où il est » dit que le fidèle qui vit avec une concubine doit l'abandonner si elle est esclave, l'épouser si elle est libre » sinon il sera rejeté de la communauté des fidèles (1). »

1. Esmein. *Mariage en droit canonique*, tome II, page 111 et suiv.

Saint Augustin, nous l'avons vu, professe une doctrine analogue. Et saint Ambroise déclare que le célibataire qui a pris son esclave comme concubine doit l'affranchir et l'épouser ensuite. C'est en ce sens que finit par se fixer la doctrine du droit canon.

Ces règles de la jurisprudence ecclésiastique ne présentaient sans doute aucun caractère officiel, mais il y avait pour les chrétiens un devoir de conscience à ne pas les enfreindre. Il ne paraît pas douteux non plus que leur esprit ait inspiré certaines constitutions des empereurs. On s'explique ainsi que le droit civil subissant cette influence latente et se modelant dans une certaine mesure sur le droit canon ait partagé ses oscillations et l'ait suivi dans ses tendances opposées, tantôt favorable et tantôt hostile aux enfants issus des unions concubinaires.

CHAPITRE II

LE CONCUBINAT ET LES POUVOIRS CIVILS.

SOMMAIRE : Influence des doctrines chrétiennes sur le droit civil.

Les empereurs essaient de convertir le concubinat en justes noces par l'attrait de la légitimation. — Différents modes de légitimation. — Légitimation par mariage. — Par oblation à la curie. — Par rescrit du prince. — Condition des enfants légitimes. Condition des enfants illégitimes. — Constantin les frappe à l'égard de leur père d'une incapacité absolue de recevoir par donation ou testament. — Atténuation progressive de ces mesures de rigueur. — Législation de Justinien. — Abolition du concubinat.

Le christianisme comptait à peine trois siècles d'existence lorsque Constantin fut appelé au gouvernement de l'Empire (1). Déjà les doctrines anciennes s'étaient peu à peu modifiées sous l'influence des idées nouvelles qui après avoir pénétré dans la philosophie commençaient à se glisser dans la législation. Leur action se fit surtout sentir en ce qui touche la condition des personnes. Nous avons vu l'organisation de la famille antique : l'omnipotence du *pater*, la dépendance absolue des enfants et de la femme *in manu*. Cette création originale du droit romain en obligeant le fils à une obéissance aveugle pré-

1. An 304 de l'ère chrétienne.

paraît de dociles sujets à l'État et assurait par une forte discipline le maintien des traditions nationales. Elle avait en elle quelque chose de trop irrationnel et de trop arbitraire pour n'être pas battue en brèche. La jurisprudence prétorienne était venue, il est vrai, corriger dans une certaine mesure la rudesse des lois civiles en assurant quelques droits à la parenté selon la nature ; ses timides réformes étaient demeurées insuffisantes.

Sous l'influence des doctrines nouvelles la *patria potestas* s'affaiblit progressivement ; la famille cessa d'être une œuvre de volonté, une création artificielle de la loi. On tendit à lui rendre son véritable fondement, les liens du sang et des affections naturelles. Le mariage en devint la source la plus féconde. Or nous savons qu'à côté des justes noces les Romains avaient admis sous le nom de *concubinatus* un mariage d'espèce inférieure. Pendant longtemps les enfants issus de ces sortes d'unions furent des étrangers pour leur père ; ils ne faisaient pas partie de sa famille s'il ne les avait pas adrogés et il n'existait entre eux, ni rapport d'incapacité, ni rapport d'obligation. Vis-à-vis de leur mère au contraire, la loi leur conférait des droits identiques à ceux des enfants légitimes.

Si l'assimilation se maintint sur ce second point dans la législation du Bas-Empire, la condition des enfants nés *ex concubinato* à l'égard de leur auteur paternel reçut des modifications importantes, soit dans le sens de la sévérité, soit dans le sens de la douceur. On put dès lors les diviser en deux grandes classes suivant qu'ils avaient ou n'avaient pas été légitimés. Les premiers

jouissaient de prérogatives importantes et avaient les mêmes droits que les enfants légitimes, sauf en cas de légitimation par oblation à la curie. Les seconds, au contraire, mal vus par le législateur qui les rendait responsables de la faute de leurs parents, étaient frappés d'une série d'incapacités et de déchéances. Nous examinerons successivement la situation qui fut faite aux uns et aux autres au Bas-Empire.

Nous avons vu précédemment l'attitude de l'Eglise vis-à-vis des unions concubinaires. Elle ne pouvait voir d'un bon œil ces alliances trop souvent imprégnées de mauvaises habitudes. Mais il lui fallait compter avec la résistance des mœurs; aussi, au lieu de les rejeter ouvertement, essaya-t-elle de les purifier et de les convertir en justes mariages. La loi civile la suivit dans cette voie. C'est ainsi que Constantin renouvela la prohibition d'avoir une *uxor* et une concubine. En même temps, il encouragea les concubins à régulariser leur situation par un mariage subséquent. Il leur permit dans ce cas-là de légitimer leurs enfants et ouvrit à ces derniers l'entrée de la famille paternelle en dehors de laquelle les avait placés l'irrégularité de leur naissance.

Ce bénéfice de la légitimation réservé aux enfants issus de concubinat montre qu'au Bas-Empire il existait entre eux et leur père un lien légal permettant de les rattacher l'un à l'autre. Il est difficile de préciser à quelle époque ce principe nouveau s'introduisit dans la jurisprudence romaine.

Vraisemblablement il fut étendu au *concubinatus* par analogie de ce qui se produisait en matière de *justæ nup-*

tiæ. Peut-être aussi l'Eglise ne fut-elle pas étrangère à son admission. La majorité des canonistes s'accordent en effet pour faire découler la paternité non pas exclusivement du mariage mais de la vie commune et des relations habituelles, et ils l'admettent ainsi en cas de simple concubinage (1). Quoiqu'il en soit cet effet tardivement attaché à notre union est en harmonie avec le système que nous avons précédemment adopté sur l'évolution de la théorie du concubinat se formant graduellement par voie d'assimilation.

Le bénéfice de cette légitimation par mariage subsequnt avait été subordonné à l'accomplissement de certaines conditions. Elle était impossible s'il existait des enfants d'un précédent mariage ou si la concubine n'était pas une personne ingènue (2). Il fallait aussi qu'au moment de la conception de l'enfant aucun obstacle légal ne s'opposât au mariage de ses père et mère, ce qui excluait en particulier les enfants issus d'un commerce adultérin ou incestueux. De plus un *instrumentum dotale* devait être rédigé pour ne laisser subsister aucun doute sur la transformation du concubinat en justes noces. Enfin l'enfant légitime tombant sous la puissance paternelle, il était nécessaire qu'il y consente ou tout au moins qu'il ne s'y oppose pas. Ces conditions une fois remplies il obtenait par le seul fait du mariage de ses auteurs des droits identiques à ceux d'un enfant légitime.

La réforme de Constantin n'eût qu'un caractère tran-

1. Esmein. Mariage en droit canonique. II, p. 30.

2. Ces deux conditions furent supprimées sous Justinien.

sitoire. L'empereur avait craint d'amener une recrudescence des unions concubinaires en mettant à la disposition des parents un moyen permanent de réparer leur faute. Aussi le bénéfice de la légitimation fut-il restreint aux enfants déjà nés « *progenitos* ». Cent cinquante ans plus tard Zénon renouvela cette même faveur sans l'étendre non plus aux enfants à naître (1). Anastase fut le premier à leur accorder ce privilège, encore sa réforme fut-elle de courte durée. Son successeur Justin supprima, en effet, ce mode de légitimation parce que, dit-il, le mariage seul doit donner le titre de père et qu'il est indigne et impie de demander à des unions honteuses un titre aussi respectable (2). Enfin Justinien le rétablit de nouveau et il entra dès lors dans la législation à titre d'institution fixe et permanente.

A côté de ce mode de la légitimation par mariage subséquent inspiré par une pensée d'humanité et de bienveillance pour les enfants issus du concubinat deux autres furent successivement introduits : la légitimation par oblation à la curie et la légitimation par rescrit du prince.

Le premier doit son origine aux difficultés qu'on eût au Bas-Empire à recruter les curiales. On connaît les multiples obligations qui incombait alors à ces membres des sénats municipaux. Chargés de la perception des impôts, ils répondaient de leur recouvrement régulier sur leurs biens personnels. Ils devaient en outre donner au peuple, à leurs frais, des jeux et des spectacles et sous le nom d'*aurum coronarium*, payer au prince un vérita-

1. Loi 5, C., *De nat. lib.*, liv. V. Tit. 27.

2. Loi 7, C., *De nat. lib.*, liv. V. Tit. 27.

ble tribut en numéraire à l'occasion des événements heureux qui signalaient son règne. Ces lourdes charges étant insuffisamment compensées par quelques privilèges insignifiants tels que l'exemption de la torture ou l'aptitude exclusive à certaines fonctions municipales, on conçoit que les citoyens devaient montrer peu d'empressement à rechercher un honneur aussi onéreux. Par suite on parvenait difficilement à renouveler le personnel des curies. Les empereurs aperçurent le danger et suivant cette même tendance qui avait fait immobiliser les colons en les rivant au sol, ils attachèrent les curiales à la curie et décidèrent que leur dignité serait héréditaire. Or, les enfants issus du concubinat ne suivant pas la condition de leur père avaient l'avantage d'échapper à l'application de cette règle. Il se produisait ainsi dans le sénat municipal des vides d'autant plus sensibles que les unions concubinaires avaient pris à cette époque une grande extension. Théodose et Valentinien cherchèrent à remédier à cet état de choses. Ils permirent au concubin de légitimer ses enfants en les donnant à la curie avec vingt-cinq arpents de terre. Ils étendirent également ce droit au père qui n'était pas décurion. Et les filles purent elles-mêmes bénéficier de cette faveur ; il leur suffit pour cela d'épouser un curiale et de lui apporter en dot les vingt-cinq arpents réglementaires.

Enfin Justinien organisa un troisième mode de légitimation pour le cas où le concubin ne pourrait épouser la mère de ses enfants, soit par suite de son prédécès, soit à cause de son indignité : ce fut la légitimation par rescrit du prince. Elle conférait les mêmes droits que la

légitimation par mariage. La légitimation par oblation à la curie, au contraire, établie par suite de nécessités pratiques et ne répondant à aucune pensée morale de réhabilitation, était loin de produire des effets aussi étendus. Elle n'établissait aucun rapport de parenté légitime entre le fils et les parents de son père, et si le bâtard succédait à son auteur il devait se contenter en présence de descendants issus *ex justis nuptiis* d'une part d'enfant le moins prenant (1).

Par cela même qu'il s'efforçait de convertir les unions concubinaires en justes noces par l'attrait de la légitimation, le législateur dut écarter un autre moyen fréquemment employé jusque-là pour faire entrer l'enfant naturel dans la famille de son père : l'adrogation. Sans avoir le côté moralisateur de la légitimation par mariage, elle produisait des effets analogues établissant entre le père et le fils des rapports civils de paternité et de filiation. Sous Constantin elle subsistait encore, mais il fallait pour l'obtenir un rescrit impérial, et il est probable que les empereurs l'accordèrent difficilement pour ne pas compromettre le succès de leur œuvre. Enfin Justin la supprima dans cette hypothèse.

II. — La loi, nous venons de le voir, se montrait favorable aux enfants légitimés, elle fut sévère en même temps pour ceux dont les parents s'étaient refusés à bénéficier de la faveur qui leur était offerte. Nous avons étudié la condition de ces enfants avant les empereurs chrétiens. Etrangers pour leur père, il n'existait entre eux et

1. Loi 3, C. de *De nat. lib.*, et nov. 89, cap. 2 à 5.

leur auteur aucun rapport légal, mais s'ils ne pouvaient rien exiger de lui, il pouvait tout leur donner. Le législateur ancien n'avait été animé à leur égard d'aucune pensée hostile et la règle qu'il posait n'était qu'une conséquence de ce principe qu'en dehors des *justæ nuptiæ* toute paternité est incertaine. Tout autre fut l'esprit de la réforme de Constantin. S'il frappa les enfants naturels d'une série d'incapacités, ce ne fut point à cause de l'incertitude qui s'attachait à leur conception puisque le concubinat était devenu déterminatif de la paternité comme les justes noces, mais parce qu'il croyait trouver dans l'amour paternel un moyen sûr d'entraver le libertinage. Pour cela il les exclut de la famille de leur père et défendit à celui-ci de leur rien laisser par donation ou par testament (1). Il espérait ainsi diminuer le nombre des unions concubinaires considérées maintenant comme une souillure et donner un puissant encouragement au mariage. C'était outrepasser le but par un excès de rigueur et blesser ouvertement l'humanité sous prétexte de protéger la famille légitime.

1. Cette incapacité s'appliquait-elle à tous les enfants naturels ? Cela paraît assez vraisemblable. L'empereur, il est vrai, s'était borné à déclarer infâmes les hauts dignitaires de l'empire qui traiteraient comme légitimes les enfants qu'ils auraient eus d'une femme de basse extraction et à les priver de tous droits, mais bon nombre d'auteurs inclinent à penser que cette déchéance fut généralisée, soit par une jurisprudence défavorable aux enfants naturels, soit par une constitution postérieure dont le texte ne nous est pas parvenu. Justinien nous déclare, en effet, que Valens Valentinien et Gratien furent les premiers à faire quelque chose d'humain pour ces enfants (Nov. LXXXIX), Ch. 12, Pr.

Une réaction était inévitable. On finit par comprendre ce qu'il y avait d'injuste à faire retomber sur des innocents les conséquences d'une faute qui n'était pas la leur. Si la morale a ses droits, la nature a bien aussi les siens. En dépouillant les enfants issus du concubinat, Constantin n'avait vu que l'irrégularité de leur naissance. C'était une face de la question, mais il en est une autre. Celui qui donne l'être à un enfant a des devoirs envers lui et ce n'est pas au législateur à lui défendre de les remplir. Sous l'influence de cet autre courant d'idées la loi devint plus humaine et l'incapacité qui frappait les enfants naturels fut progressivement atténuée. Les empereurs Valens, Valentinien et Gratien entrèrent les premiers dans cette voie de l'indulgence. Valentinien permet au concubin d'assurer à ses enfants par donation ou par testament certains droits dont la quotité fut rendue variable suivant la qualité des héritiers avec lesquels ils se trouvaient en concours. Le disposant avait-il une postérité légitime, son père ou sa mère, il lui était permis de donner à ses *liberi naturales* et à sa concubine $1/12^e$ de ses biens. Ses libéralités pouvaient aller jusqu'au quart de son patrimoine en cas de prédécès de ses père et mère et en l'absence de descendants légitimes (1).

Justinien inclina encore dans le sens de la mansuétude et dans cette seconde hypothèse permit au père naturel de laisser à sa femme et à ses enfants la moitié de sa

1. Cette constitution de Valentinien fut ratifiée par Valens et confirmée, plus tard par Arcadius et Honorius. Dans l'intervalle Valentinien III avait tenté vainement un retour à la législation de Constantin.

succession. Leurs droits restaient les mêmes que précédemment en présence d'une postérité légitime ou d'ascendants au premier degré. Dans la nouvelle 89, il augmenta encore cette quotité et déclara qu'à défaut de descendants légitimes les *liberi naturales* pourraient être appelés à recueillir la totalité du patrimoine de leur auteur (1).

Enfin il ne s'en tint pas là et reconnut à ces enfants et à leur mère un véritable droit de succession *ab intestat* plus ou moins étendu suivant la qualité des héritiers légitimes avec lesquels ils se trouvaient en concours. C'est ainsi qu'en présence d'une *uxor* ou de descendants issus de justes noces l'enfant naturel et la concubine pouvaient seulement réclamer des aliments, alors qu'en leur absence, il leur était permis de se partager par parts viriles les 2/12^e de la succession.

Ces droits peu importants sans doute n'en constituaient pas moins une heureuse innovation. L'empereur rendait hommage aux bonnes mœurs en établissant des différences profondes entre la filiation naturelle et la filiation légitime, mais il ne craignait pas d'affirmer en même temps les charges inhérentes à la paternité. Le seul fait de sa naissance donnait à l'enfant issu *ex concubinato* des droits dans la succession de son auteur. C'était là un

1. Toutefois l'Empereur ne put s'abstraire complètement des idées qui avaient inspiré la réforme de Constantin et se montra envers les enfants adultérins et incestueux d'une sévérité excessive leur refusant jusqu'à des aliments comme s'ils étaient indignes de vivre : « *Iste neque naturalis nominetur, neque alendus est a parentibus* » Nov. 89. C. 15.

réel progrès. Notre législateur moderne, pour qui toute paternité est incertaine en dehors du mariage et de la reconnaissance volontaire, n'a pu s'inspirer que partiellement de la réforme Justinienne. S'il a augmenté les droits des enfants reconnus, il abandonne le sort des autres à la générosité de leur père. En changeant sur ce point la condition des enfants illégitimes, il nous paraît douteux qu'il l'ait améliorée.

Vis-à-vis de la mère, nous avons vu que l'ancienne jurisprudence romaine plaçait tous les enfants sur un pied d'égalité parfaite. Naturels ou légitimes ils lui succédaient au même titre. Les sénatus consultes Tertullien et Orphitien fondant la vocation à l'hérédité sur les liens du sang n'avaient rien de spécial aux justes noces et trouvaient leur application en cas de simple concubinat.

Ces principes égalitaires reçurent sous Justinien des modifications importantes. L'empereur les trouva injurieuses pour les matrones de rang illustre et il exclut de leur succession les enfants qu'elles avaient eus en dehors du mariage (1). Quant aux autres femmes de rang inférieur leurs enfants nés *ex concubinatus* leur succédaient en concours avec les descendants légitimes.

Si l'on jette un regard en arrière il est facile de voir que le concubinat avait pris au Bas-Empire une valeur juridique qu'il n'avait pas à l'époque classique. Successivement on y avait attaché des effets importants, il déterminait la paternité et établissait entre les enfants et leur auteur un droit de succession. Il se maintint longtemps

1. L. 5, C. ad Sc. Orphit. VI, 57.

ainsi à titre de « *licita consuetudo* ». Mais il devait finir par disparaître sous l'influence des doctrines chrétiennes qui pénétraient de plus en plus dans les masses. L'Église le condamna comme contraire aux bonnes mœurs. La loi civile la suivit à son tour dans cette seconde tendance comme elle l'avait imitée dans la première en essayant de le convertir en justes noces. Enfin neuf siècles après Jésus-Christ, Léon le Philosophe réalisant une réforme devant laquelle avaient reculé ses prédécesseurs, supprima cette union qu'il considère comme une aberration du législateur, indigne de figurer dans les institutions d'un peuple (1). Et il justifia sa réforme par cette boutade à l'adresse de ceux qui seraient tentés de s'en plaindre : il est facile à ceux qui le veulent d'unir leur existence à une autre compagne : « *Cœterum vitæ consortem invenire difficile non est !* »

1. Novelle XCI.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
NOTIONS PRÉLIMINAIRES.....	5

PREMIÈRE PÉRIODE

Le concubinat depuis ses origines jusqu'à Auguste.

Sommaire : Le mariage dans le vieux droit romain. —

Son caractère religieux. — Empêchements de nature sociale ou politique. — Patriciens et Plébéiens. — Ingénus et affranchis. — Le concubinat seul mode d'union possible avec les femmes de naissance obscure ou de moralité suspecte. — La concubine est une maîtresse ordinaire. — Condition des enfants issus du concubinat. — Le concubinat persiste même après la diminution du nombre des empêchements au mariage...

13

SECONDE PÉRIODE

Le concubinat depuis Auguste jusqu'à Constantin.

CHAPITRE PREMIER. — Nature du concubinat.....	21
---	----

Sommaire : Les lois Julia et Pappia Poppœa reconnaissent le concubinat. — Pourquoi ces lois furent votées. — Décadence des mœurs au commencement de l'Empire. — Décroissance de la population. — Remèdes proposés par Auguste. — Peines portées contre les unions criminelles. — Encouragements donnés à la

procréation légitime. — Incapacité des célibataires. — Consécration du *Concubinatus*. — Caractère de cette reconnaissance. — Le concubinat reste-t-il un fait extra-légal ou devient-il un mariage de second ordre ? Opinion de M. Gide. — Les lois ont donné un nom au concubinat pour le distinguer des unions délictuelles et des *justæ nuptiæ*. — L'existence du titre de *concubini* et le langage employé par les jurisconsultes semblent démentir cette opinion. — Réponse aux objections de partisans du premier système. — Comment Auguste a pu reconnaître le concubinat tout en favorisant le mariage. — Côté moral de cette reconnaissance. Défense d'avoir une *uxor* et une concubine. — Le concubinat privé d'effets civils à l'origine suit la marche progressive commune à une foule d'institutions romaines et se forme graduellement.....

21

CHAPITRE II. — Conditions requises pour la validité du concubinat.....



Sommaire : Deux sortes d'empêchements au mariage. Empêchements de droit naturel et de droit civil. — Ces derniers en l'absence d'un texte, ne doivent pas être étendus au concubinat Puberté. — Parenté. — Alliance. — L'existence d'un premier mariage et d'un précédent concubinat fait-elle obstacle à la formation d'un second ? — Consentement du *paterfamilias*. — Obstacles d'ordre social ou politique. — Le *concubinatus* se forme et se dissout par le simple consentement.....

52

CHAPITRE III. — De la condition des concubins.....

61

Sommaire : Silence des textes relativement aux effets produits par le concubinat. — Nombreuses différences avec le mariage. — Infériorité de la concubine vis-à-vis de l'*uxor*. — Actions *furti* et *rerum amotarum*. Dot. — Droits successoraux. — Libéralités entre-vifs et testamentaires. — L'adultère de la concubine est-il

	Pages
punissable ? — Le concubinat engendre-t-il l' <i>affinitas</i> comme les <i>justæ nuptiæ</i> ?	61
CHAPITRE IV. — De la condition des enfants issus du concubinat	68
<i>Sommaire</i> : La loi romaine n'a pas réglementé comme la loi française la condition des enfants naturels. — <i>Spurii, vulgo concepti, liberi naturales</i> . — Condition des enfants issus du concubinat, vis-à-vis de leur père. — Ils n'ont pas de père certain. — De la règle : <i>Pater is est quem nuptiæ demonstrant</i> . — Arguments tirés des sources épigraphiques. — Obligation alimentaire. — Droits successoraux. — Parenté civile et parenté naturelle. — <i>Obsequia</i> . — Tutelle. — Condition de l'enfant vis-à-vis de sa mère. — Certitude qui s'attache à la maternité. — Légitime ou naturelle elle produit les mêmes effets	
CHAPITRE V. — Le concubinat et les lois caducaires	83
<i>Sommaire</i> : Récompenses données à la procréation légitime. — <i>Jus liberorum</i> . — <i>Jus capiendi</i> . — <i>Jus caduca vindicandi</i> . — Faut-il étendre ces privilèges au concubinat ? Système de M. Pilette. — Objections à ce système. — Différence entre le concubin et la concubine à propos de la jouissance du <i>jus liberorum</i>	

TROISIÈME PÉRIODE

Le concubinat au Bas-Empire.

CHAPITRE PREMIER. — L'Église et le concubinat	93
<i>Sommaire</i> : Attitude de l'Église vis-à-vis du concubinat. — Deux systèmes opposés. — Le Concile de Tolède permet d'avoir une concubine. — Doctrine contraire de saint Augustin. — Principes du droit civil et du droit canon en matière de concubinat et de mariage.	

	Pages
— Unité, indissolubilité du lien conjugal. — Caractères du concubinat admis par l'Eglise. — Pourquoi elle finit par le combattre.....	93
CHAPITRE II. — Le concubinat et les pouvoirs civils.....	102
<i>Sommaire</i> : Influence des doctrines chrétiennes sur le droit civil. — Les empereurs essaient de convertir le concubinat en justes noces par l'attrait de la légitimation. — Différents modes de légitimation. — Légitimation par mariage. — Par oblation à la curie. — Par rescrit du prince. — Condition des enfants légitimes. — Condition des enfants illégitimes. — Constantin le frappe à l'égard de leur père d'une incapacité absolue de recevoir par donation ou testament — Atténuation progressive de ces mesures de rigueur. — Législation de Justinien. — Abolition du concubinat.....	
	102

DROIT FRANÇAIS

DE L'ALIÉNATION DE LA DOT

PERMISE PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

ET DU REMPLOI

sous le régime dotal

DROIT FRANÇAIS

DE L'ALIÉNATION DE LA DOT

permise par le contrat de mariage

ET DU REMPLOI

SOUS LE RÉGIME DOTAL

INTRODUCTION

Le régime dotal s'est modernisé. Il a subi l'inévitable influence du temps, des mœurs, du développement des relations commerciales. Le principe de l'inaliénabilité qui en forme la base, le pivot fondamental, ne jouit plus à notre époque de cette sorte de respect superstitieux, dont il a été l'objet pendant si longtemps dans certaines provinces du midi de la France et en Normandie. Fortement battu en brèche, il tend, sinon à disparaître, du moins à s'adoucir et à s'effacer de plus en plus. La doctrine et les praticiens lui ont déclaré la guerre et se sont

unis dans un commun effort pour en signaler les vices et en dénoncer les abus. Les parties elles-mêmes ont fini par comprendre qu'il était souvent funeste à leurs intérêts, et qu'en voulant trop protéger la femme, il arrivait à la mal protéger. Elles ont senti le besoin de faire sortir les immeubles dotaux de l'état de séquestration où les plaçait le régime dotal pur, et l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause, permettant de les aliéner à charge de remploi, est devenue d'un usage courant dans la pratique contemporaine.

C'est l'examen de cette clause qui va faire l'objet de notre étude. Les difficultés parfois ardues qu'elle soulève nous ont paru dignes du plus grand intérêt, car leur solution est de nature à influencer tout à la fois sur le mouvement général des affaires et sur les destinées de la famille. C'est, en effet, une des conséquences ordinaires du régime dotal, de mettre presque à chaque instant l'intérêt de la femme aux prises avec l'intérêt des tiers. Dans ce conflit à qui donner la préférence? Faudra-t-il sacrifier la dot à des considérations d'équité et de morale? Conviendra-t-il, au contraire, de la conserver intacte au risque de blesser les lois de la plus vulgaire honnêteté? L'absence ou le laconisme des textes (1), en laissant le champ libre à l'interprétation, ont permis aux tribunaux de répondre différemment à ces questions, suivant qu'ils

1. Les rédacteurs du Code civil n'ont point traité cette matière avec les détails qu'elle comporte et se sont bornés à y faire quelques allusions discrètes dans les articles 1387, 1553, 1554, 1595, 2135.

se trouvaient adversaires ou partisans du régime dotal. Plus d'une fois en rapprochant les décisions contraires que nous fournissent les recueils judiciaires sur des espèces en apparence identiques, l'aphorisme de Bacon nous est revenu à la mémoire : « *Lex optima est quæ minima arbitrio judicis relinquit.* »

Cette insuffisance de la loi donnant une importance particulière à la jurisprudence, nous lui ferons une large place. Après avoir groupé les divers éléments qu'elle nous offre sur chaque question, et mis en regard les opinions assez souvent opposées de la doctrine, nous la soumettrons à un examen critique.

Enfin, nous efforçant d'associer l'utilité pratique à l'utilité scientifique, nous signalerons à côté de ces difficultés de principe, les difficultés d'espèce auxquelles a donné ou pourrait donner lieu la rédaction défectueuse de certaines formules notariales.

Pour l'exécution de ce travail, voici le plan que nous adoptons.

Après avoir sommairement retracé les origines du principe de l'inaliénabilité de la dot (*Notions historiques*), nous traiterons dans une première partie des dérogations apportées à ce principe par l'insertion dans le contrat de mariage d'une réserve d'aliéner le fonds dotal, en examinant successivement :

Quelle utilité présente une pareille clause (Chapitre I^{er}).

Quelles personnes peuvent la stipuler et à quelles personnes elle est opposable (Chapitre II).

Quelle peut être son étendue et quelle interprétation il convient de lui donner (Chapitre III).

Quelles sont les conditions de validité de l'aliénation ainsi autorisée (Chapitre IV).

Une seconde partie sera consacrée à l'étude du remploi conventionnel sous le régime dotal.

Nous y verrons : *Par quelles personnes et en quels termes doit être stipulé ce remploi (Chapitre I^{er}).*

Quelles sont les conditions essentielles à son exécution (Chapitre II):

Quelles voies de recours son irrégularité ouvre à la femme, soit contre les tiers, soit contre le mari (Chapitre III).

Dans un dernier chapitre nous dirons quelques mots *des formules de remploi usitées dans la pratique (Chapitre IV).*

Il nous restera en terminant à indiquer sous forme de conclusion l'utilité que présenterait à l'heure actuelle une réforme du régime dotal, et les points particuliers à notre sujet qui mériteraient d'attirer plus spécialement l'attention du législateur.

NOTIONS HISTORIQUES

SOMMAIRE.

- I. — Origines du principe de l'inaliénabilité dotale nos 1 à 4.
- II. — Son application dans l'ancien droit n° 5 à 7.
- III. — Son introduction dans le Code civil nos 8 et 9 (1).

I. — 1. — L'un des traits caractéristiques du régime dotal est de soustraire à la circulation une partie du patrimoine de la femme en lui imprimant une fixité absolue (art. 1554). Cette inaliénabilité des biens constitués en dot n'a pas toujours existé. Elle fut longtemps inconnue à Rome où la dotalité avait remplacé de bonne heure l'antique institution de la « *manus* » tombée en désuétude. Le mari avait alors la propriété des biens dotaux ; il en percevait seul les fruits ; il exerçait toutes les actions qui y étaient relatives ; il pouvait les hypothéquer, les aliéner à titre onéreux et même à titre gratuit (2).

2. — Ces droits exorbitants étaient bien faits pour augmenter la fragilité du lien conjugal ; les conséquences en furent désastreuses. Le mariage devint un honteux trafic et les maris furent d'autant mieux disposés à répudier leur femme que cela ne les empêchait pas de conserver sa dot.

3. — Pour mettre une entrave à cette multiplicité des divorces, on finit par obliger le mari à restituer le bien

1. Voir la table des matières.

2. Gaius, V. §§ 62, 63. — Loi 7, Dig. Liv. 23, tit. 2.

dotal dans certains cas, et pour empêcher que cette restitution ne fût illusoire, on limita en même temps ses pouvoirs jusqu'alors absolus. La femme divorcée ou survivante reprit sa dot et put ainsi trouver plus facilement un nouvel époux. Telle fut vraisemblablement l'idée première de ces réformes qui devaient aboutir à l'indisponibilité du fonds dotal. Elles se rattachent à cet ensemble des mesures législatives dont le but était de remédier à la diminution croissante du nombre des citoyens en favorisant les mariages. « Il importe à la République, disaient les jurisconsultes d'alors, que les femmes aient une dot et qu'elles la conservent, car c'est pour leur dot qu'on les épouse : *Interest Reipublicæ mulierum dotes salvas habere propter quas nubere possint* » (1). Aussi à partir d'Auguste voyons-nous la législation romaine s'acheminer lentement vers le principe de l'inaliénabilité et par une série de mesures progressives tendre à immobiliser la dot entre les mains du mari.

4. — La loi *Julia de fundo dotali* (An de Rome 737) entra la première dans cette voie. Tout en maintenant son droit de propriété sur les immeubles dotaux, elle défendit au mari d'aliéner les plus précieux d'entre eux, les fonds italiques, sans le concours de la femme.

Ce n'était là du reste qu'un premier pas. Une disposition postérieure à cette loi Julia, mais dont il est difficile de préciser la date, vint compléter ses mesures restrictives en interdisant au mari l'hypothèque du fonds dotal même du consentement de la femme. La loi se montrait ici plus sévère avec raison. L'hypothèque pré-

1. Gaius, 2, § 63. L. 4, § 16. D. liv. 23, tit. 5.

sente plus de dangers que l'aliénation par cela même que l'effet en est éloigné et ne se fait pas sentir immédiatement.

Justinien fit plus encore. Supprimant toute distinction entre la vente et l'hypothèque, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux, il posa le principe de l'inaliénabilité dans toute sa rigueur et décida que la dot ne pourrait être aliénée ou hypothéquée, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. Il protégeait ainsi l'épouse contre ses propres entraînements, non plus pour favoriser le convol à de secondes noces mais pour conserver intacte une partie du patrimoine de la famille : *ne fragilitate naturæ suæ in repentīnam deducatur inopiam*. De relative l'inaliénabilité dotale devenait absolue. A cette règle la jurisprudence romaine n'admit aucune exception pouvant résulter de la volonté des parties. Il y avait là un principe d'ordre public que es conventions particulières étaient impuissantes à faire fléchir.

Enfin l'empereur mit le sceau à cet ensemble de garanties en accordant à l'épouse une hypothèque légale privilégiée sur les biens par elle apportés en dot et en lui interdisant d'y renoncer au moins en tant quelle portait sur les immeubles dotaux.

Quant aux valeurs mobilières elles n'avaient pas éveillé au même degré la sollicitude du législateur. D'après l'opinion la plus accréditée, le principe de l'inaliénabilité dotale n'y fut pas étendu et le mari put toujours en disposer à son gré en sa qualité de propriétaire (1).

1. V. Demangeat. *De la condition du fonds dotal*, p. 13.

5. — Du droit romain, la dotalité passa dans nos anciens pays de droit écrit. Les transactions commerciales n'avaient pas à cette époque le développement qu'elles ont pris de nos jours, et l'inaliénabilité de la dot en assurant sa restitution, cadrerait parfaitement avec la tendance qu'on avait alors à immobiliser les biens pour les conserver dans les familles. De plus, grâce au droit d'aînesse et au régime des substitutions, la presque totalité des héritages se trouvaient concentrés de génération en génération sur un petit nombre de têtes ; les filles devaient se contenter d'une maigre dot, il importait de leur en assurer l'intégrité en la mettant à l'abri des spéculations aventureuses du mari (1).

Enfin, par cela même qu'elle se trouvait limitée dans son objet, l'indisponibilité du fonds dotal présentait de moindres inconvénients et pesait moins lourdement sur le

1. « Le père et la mère peuvent marier leur fille de meuble sans héritage ou d'héritage sans meuble et si rien ne lui fut promis lors de son mariage, rien n'aura » (art. 250. *Coutume de Normandie*).

« Si le père baille dot à sa fille en terre et argent, icelle fille ne viendra au partage des biens paternels avec ses frères ni au supplément de légitime sinon que le père en ordonnerait autrement » (*Coutume du pays de Bordeaux. Des test. dern. volontez et successions*, ch. V, art. 67).

Dans la plupart des pays de droit écrit, il était d'usage de faire renoncer les filles à leurs droits héréditaires en les mariant. Certains statuts allaient même jusqu'à limiter le montant de leur dot et à leur interdire le port de certains bijoux et vêtements précieux (*Statut de Salon*, Ch. Giraud, t. II, p. 260. *Statut de Marseille*. De Fresquet, p. 86).

crédit du mari. Il ne faut donc pas s'étonner si malgré ses imperfections et ses défauts la dotalité a jeté des racines profondes dans une partie de notre ancienne France. Elle y trouvait un terrain tout préparé, très favorable à son extension.

6. — De bonne heure cependant on sentit les vices inhérents à ce système et on s'ingénia à les atténuer en s'écartant des principes trop absolus du droit romain. Tandis que certaines coutumes, s'en tenant rigoureusement à la théorie de Justinien, repoussaient toute exception à l'inaliénabilité dotale résultant de la volonté des parties, d'autres moins sévères permirent cette aliénation sous certaines conditions. C'est ainsi que le Parlement de Toulouse autorisait la femme à se réserver dans son contrat la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux. En Auvergne le bien dotal restait inaliénable en principe, mais l'aliénation en devenait valable par exception, s'il y avait eu remploi et que la femme eût laissé s'écouler un an et un jour depuis la mort de son mari sans se prévaloir de la nullité (1).

La coutume de la Marche contenait une disposition semblable.

Dans le Forez, le Beaujollais, le Lyonnais et le Mâconnais, on appliquait le régime dotal, mais on avait abandonné le principe de l'inaliénabilité, et depuis la déclaration de Louis XIV (1664) abrogeant la loi Julia, il y était admis que la femme pouvait vendre tous ses biens sans distinction aucune. En vain les légistes s'efforcèrent-ils

1. Auvergne, ch. 14, art. 3 et 4.

d'introduire dans ces pays les dispositions restrictives des lois romaines, leurs tentatives demeurèrent infructueuses et furent repoussées « comme des nouveautés préjudicia-
« bles au commerce et au repos commun et de difficile
« digestion (1) ».

7. — A l'inverse du droit de Justinien, qui avait tout sacrifié à l'esprit de conservation, ces coutumes donnaient peut-être un peu trop à l'esprit de liberté. En permettant aux époux, de vendre, d'échanger, de transformer le bien dotal, elles mettaient insuffisamment la femme à l'abri des dilapidations du mari et la laissaient trop souvent exposée aux risques de son insolvabilité. La Normandie sut éviter ces excès contraires et concilier fort heureusement la protection due à la dot, avec la liberté nécessaire au crédit et au commerce. Le régime dotal, on le sait, s'y était implanté de bonne heure. Maintenant les intérêts des époux soigneusement séparés et assurant à la femme l'intégrité de sa dot, il convenait mieux que la communauté aux habitudes de défiance et de circonspection des populations normandes. Toutefois en l'adoptant comme régime de droit commun, elles le déformèrent sensiblement et s'en firent une conception propre, originale, différente de celle qui était reçue dans les pays de droit écrit restés fidèles aux traditions romaines. Le droit de Justinien prohibait d'une façon absolue l'aliénation du bien dotal ; il le condamnait à une stagnation perpétuelle, et en cas de vente indûment consentie donnait à la femme une action directe contre le tiers acquéreur.

1. Henrys, p. 772.

Tout autre fut le point de départ du droit normand. En Normandie le mari ne pouvait sans doute aliéner seul la dot de sa femme, son « mariage » comme on l'appelait alors. Une telle aliénation eût permis à cette dernière de recourir contre l'acheteur par le « bref de mariage encombré ». Mais si la femme avait consenti, la vente était régulière et celle-ci n'avait à l'origine aucun recours à exercer contre le tiers détenteur quand même les biens du mari n'auraient pas suffi pour la remplir de ses droits.

« Il y a arrêt de Rouen, dit Dumoulin, qui déclare que le profit de mariage n'a lieu si l'épouse vend avec son mari » (1). C'était enlever à la femme la meilleure des garanties du régime dotal. La jurisprudence des parlements dut combler cette lacune d'assez bonne heure en lui accordant un recours subsidiaire contre les tiers acquéreurs, si les biens du mari ne suffisaient pas à remplacer les valeurs aliénées. L'article 540 de la nouvelle coutume lui reconnut formellement ce droit (2).

L'acheteur qui avait traité avec le mari avait alors le choix ou de déguerpir ou de payer une seconde fois le

1. Dumoulin, sur Paris, § 108.

2. Art. 539. — « Si le dot de la femme a été aliéné en tout ou en partie, et que les deniers ne soient convertis à son profit, elle aura récompense du juste prix sur les biens de son mari du jour du contrat de mariage et célébration d'icelui ».

Art. 540. — Et si la femme ne pouvait avoir sa récompense sur les biens du mari, elle peut *subsidiairement* s'adresser contre les détenteurs du dit dot, lesquels ont l'option de lui laisser ou de lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'il pouvait valoir lors du décès de son mari » (*Coutume de Normandie*).

prix de l'immeuble dotal d'après son estimation au moment du décès du mari.

La coutume de Bordeaux contenait sur ce point une disposition analogue, ne permettant à l'épouse de revendiquer sa dot aliénée que si les biens du mari n'étaient pas suffisants pour l'indemniser.

Cette aliénabilité conditionnelle des biens dotaux constituait une heureuse innovation dont le législateur moderne eût pu s'inspirer avec avantage.

8. — Dans notre ancien droit comme à Rome, la richesse publique était presque exclusivement immobilière; les meubles formaient une quantité négligeable, et la maxime « *mobiliū vilis possessio* » était également en honneur.

On peut s'étonner dès lors que certains parlements aient étendu à la dot mobilière le principe de l'inaliénabilité, en défendant à la femme de l'entamer par ses obligations ou de se dépouiller de l'hypothèque légale qui lui en assurait la restitution. Telle était cependant la jurisprudence des parlements d'Aix et de Bordeaux (1).

Elle s'explique sans doute par cette raison, qu'à cette époque les filles n'avaient assez souvent pour tous droits héréditaires qu'une petite dot composée d'un trousseau et de quelques titres de rente. Cette dot constituant toute leur fortune, c'était agir avec sagesse que de leur en garantir la conservation pour ne pas les laisser sans ressources à la dissolution du mariage.

8 bis. — Vint le Code civil. Lorsqu'il fut question de

1. Tessier. *Questions sur la dot*, 91-99.

choisir le statut matrimonial qui formerait le droit commun des Français et réglerait les intérêts pécuniaires des époux, une longue discussion s'éleva dans le sein de l'assemblée législative. Les pays de coutume tenaient au principe de la communauté mieux assorti à la nature du mariage ; les pays de droit écrit, encore sous l'influence des idées romaines, avaient pour le régime dotal un respect touchant à la superstition. L'exclusion de l'un ou de l'autre eût soulevé de vives résistances et froissé de nombreux intérêts. « Imposer la communauté à ceux qui n'en « veulent pas ou la dotalité à ceux qui la croient mal « assortie aux droits respectifs des époux, c'eût été, « comme le disait l'orateur du Tribunal, introduire la « tyrannie dans le contrat qui doit être le plus libre ; « c'eût été substituer les abstractions théoriques aux con- « venances particulières (1). »

Le législateur sut éviter cet écueil.

Tout en faisant de la communauté le régime de droit commun, il permit aux futurs époux de l'exclure et d'adopter le régime dotal, leur laissant toute latitude pour en régler l'organisation qu'il s'était contenté d'esquisser d'une façon très rudimentaire et les autorisant même à rendre inaliénables les biens dotaux de la femme. Cette faculté de stipuler l'inaliénabilité de la dot parut exorbitante à la section de législation. Elle remplaça le texte qui la formulait par un article ainsi conçu : « Les

1. *Extrait du discours du Tribun Siméon prononcé à la séance du corps législatif du 20 pluviôse an XII. Locré, tome 13, p. 446.*

« immeubles constitués en dot ne sont pas inaliénables.
« Toute convention contraire est nulle » (art. 138).

C'était user d'un subterfuge pour supprimer indirectement le régime dotal. L'apparition de ce nouveau projet souleva de vives protestations et le principe de l'inaliénabilité trouva au sein de l'Assemblée législative d'ardents défenseurs.

On fit valoir à l'appui de son admission, l'intérêt de la femme, des enfants, qu'il importait de protéger contre un père dissipateur. « C'est par cette in-
« liénabilité de la dot, dit Duvergier, que le régime dotal
« développe ses plus grands avantages. C'est à l'im-
« possibilité absolue d'aliéner le fonds dotal que la pra-
« tique du régime qui établit cette impossibilité attache
« la conservation des biens, l'assurance des hérédités
« directes, la faveur des enfants, la prospérité des fa-
« milles, le lustre social. » On invoqua encore en faveur de ce grand principe de l'inaliénabilité, le prestige de son origine romaine, l'autorité de la législation de Justilien et de notre ancien droit qui l'avaient tour à tour consacré. C'était oublier la parole de Montesquieu : « Il ne faut jamais séparer les lois des circonstances dans lesquelles elles ont été faites », et l'argument était en réalité sans valeur (2). Mais on conçoit aisément quelle influence il dut exercer sur des esprits prédisposés à admirer tout ce qui venait du droit romain, à une époque où un membre du corps législatif n'hésitait pas en pleine assemblée, à vanter la bonne fortune des pays du midi

1. Fenet, XII, p. 756.

2. *Esprit des Lois*, livre 29, chap. 14.

de la France éclairés à la fois par le soleil et par le Digeste (1). La règle de l'inaliénabilité des biens dotaux triompha donc définitivement et fut formulée en ces termes dans l'article 1554 : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. »

9. — Toutefois en adoptant cette règle de la législation Justinienne, les rédacteurs du Code civil lui ont donné un caractère différent de celui qu'elle avait primitivement à Rome. L'inaliénabilité de la dot n'est plus chez nous un principe d'ordre public, mais simplement privé, elle n'est pas édictée dans l'intérêt de l'État, mais dans l'intérêt de la famille. Les futurs époux peuvent y apporter les adoucissements et les atténuations qu'ils jugent convenables, ils peuvent même la supprimer de leur contrat. Cette latitude laissée aux parties, leur permet de s'assurer les garanties du régime dotal sans avoir à en supporter tous les inconvénients. Aussi la clause permettant d'aliéner tout ou partie des biens constitués en dot avec ou sans emploi est-elle devenue de style dans la pratique. C'est grâce à elle, sans doute, si le régime dotal est parvenu à se maintenir si vivant dans certaines régions.

Malheureusement elle donne lieu à de fréquentes difficultés d'interprétation. Il eût été plus simple, comme le portait le projet primitif, de renverser la règle posée dans l'article 1554 en déclarant les biens dotaux aliénables sauf exception. On eût ainsi tari une source féconde de procès.

1. Fenet. *Travaux préparatoires*, p. 748, 769.

PREMIERE PARTIE

De l'aliénation de la dot.

CHAPITRE PREMIER

UTILITÉ D'INSÉRER DANS LE CONTRAT DE MARIAGE UNE CLAUSE RELATIVE A L'ALIÉNABILITÉ DE LA DOT.

SOMMAIRE.

- I. — Le régime dotal pur présente de graves inconvénients pour les époux et pour le tiers. Nos 10 à 15.
- II. — La réserve d'aliéner la dot atténue ces inconvénients sans les détruire entièrement. Nos 16 à 18 (1).

I. — 10. — Des plumes plus autorisées que la nôtre ont maintes fois signalé les inconvénients du régime dotal. On a remarqué avec raison qu'il était contraire à la nature même du mariage en isolant les intérêts des époux qui vont unir leurs destinées. Ce n'est pas à notre

1. Voir la table détaillée des matières, page 377.

avis le plus grave reproche qui puisse lui être adressé. Pour nous, le défaut capital de la dotalité vient précisément de ce que ses partisans considèrent comme le plus précieux de ses avantages : l'inaliénabilité de la dot. Avant d'aborder l'étude de la clause qu'on a imaginée dans la pratique pour adoucir sur ce point la rigueur du droit civil, il n'est pas sans intérêt, nous semble-t-il, d'examiner à quelles conséquences fâcheuses aboutit le régime dotal pur. On comprendra mieux l'utilité du remède lorsque nous aurons montré la nature et l'étendue du mal.

Le principe qui rend la dot immuable et la paralyse pendant la durée du mariage est entaché de plusieurs vices : il blesse tout à la fois l'intérêt social, l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari ou avec la femme, l'intérêt sainement entendu des époux eux-mêmes.

II. — En mettant les biens dotaux hors du commerce, la loi a fait revivre un régime assez analogue à celui des substitutions réservé jadis à quelques familles nobles. Ce qui aggrave encore la situation est que l'indisponibilité dont elle frappe le patrimoine dotal de la femme atteint indirectement celui du mari. Les immeubles de ce dernier sont grevés d'une hypothèque dont il ne saurait s'affranchir et qui pèsera d'autant plus lourdement sur son crédit que la femme sera plus riche et aura plus de reprises à exercer. Cette hypothèque est générale et garantit une créance indéterminée. Il sera difficile aux tiers de mesurer son étendue à la seule lecture du contrat de mariage, car elle est susceptible de s'accroître tous les jours par suite de l'acceptation de

donations ou de successions non encore liquidées et dont ils ignorent peut-être l'existence. Aussi le régime dotal est-il pour eux un véritable épouvantail. S'ils se hasar-
dent à traiter avec le mari, c'est qu'ils y trouveront un intérêt certain.

Vent-il vendre un immeuble, l'acheteur ne se présen-
tera que s'il a été séduit par la vilité du prix. Préfère-t-
il emprunter ? Il lui faudra offrir une garantie hypothé-
caire considérable pour obtenir une somme minime, car
le prêteur en homme prudent ne manquera pas de faire
entrer en ligne de compte en plus du montant des repri-
ses de la femme celui des frais que peuvent entraîner
une séparation de biens possible, une expropriation, un
état d'ordre. La loi a ainsi dépassé le but. En immobili-
sant la fortune de la femme elle se trouve avoir immobi-
lisé du même coup la fortune du mari.

12. — Et cette immobilité, au moins en tant qu'elle
atteint le patrimoine de l'épouse, n'est pas limitée comme
elle le paraît à la durée de l'association conjugale ; elle
lui survit dans beaucoup de cas. Si le mariage vient à se
dissoudre par la mort de la femme, celle-ci pourra con-
tracter une nouvelle union. Le plus souvent par esprit de
routine, préjugé de naissance ou d'habitude, c'est encore
au régime dotal qu'elle confiera la protection de ses inté-
rêts pécuniaires. Si elle a des filles et qu'elle les marie,
elle les mariera peut-être sous le régime dotal. Le lien
qui retenait la dot immobile entre les mains de la mère,
un instant rompu, sera ainsi renoué par les enfants, et un
même immeuble pourra de la sorte être frappé d'indispo-
nibilité pendant plusieurs générations successives. L'ina-

liénabilité de la dot produit sous ce rapport une partie des inconvénients attachés aux substitutions sans offrir les mêmes avantages. Les substitutions, en effet, malgré de graves défauts, avaient au moins ce résultat de consolider les familles, de les attacher au sol en assurant la conservation des biens patrimoniaux. A côté de la richesse flottante, servant d'aliment à l'industrie et à la spéculation, elles avaient créé un élément de fortune plus stable, elles avaient empêché la terre de s'émietter. Le régime dotal, au contraire, loin de mettre obstacle au morcellement des héritages, tend plutôt à le favoriser. Il n'empêche pas le partage égal, et il rend très difficile l'agrandissement des propriétés bornées par des immeubles inaliénables.

13. — L'inaliénabilité de la dot, avons-nous dit encore, est contraire à l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari ou avec la femme. L'exactitude de cette proposition a eu trop souvent l'occasion de se vérifier dans la pratique pour qu'il soit nécessaire d'insister longuement. Il n'est pas rare de nos jours encore de rencontrer des époux menant une vie large et facile avec l'argent de leurs créanciers. Au moment de payer, la femme exhibe son contrat de mariage et invoque l'article 1560. Cela suffit pour faire évanouir les garanties qui paraissaient les plus sûres et briser les engagements qui semblaient les plus solides. Les tiers, dit-on, n'ont pas le droit de se plaindre d'un préjudice au-devant duquel ils sont allés de gaieté de cœur ; personne n'est censé ignorer la loi, que ne consultaient-ils le contrat de mariage comme le leur commandait la plus vulgaire prudence ? Ils auraient su que les

obligations de la femme n'étaient pas exécutoires sur la partie de son patrimoine frappée de dotalité.

La réponse n'est pas péremptoire. On ne saurait demander à chaque instant la présentation du contrat de mariage. Peut-on raisonnablement exiger des ouvriers, des fournisseurs, qu'ils s'enquièreient avant de prêter leurs services si la fortune de la femme est indisponible ? Quant aux acheteurs, aux prêteurs de deniers, il leur sera parfois difficile de démêler à quels bien s'étend la clause de dotalité. S'ils ont des doutes, dira-t-on, qu'ils se renseignent, qu'ils prennent l'avis d'un avocat ou d'un notaire

Cela ne suffira pas toujours à les mettre en sûreté. Est-on jamais sûr quand il s'agit d'une question d'interprétation susceptible de varier avec les appréciations personnelles ? Les jurisconsultes les plus éminents, les autorités les plus graves, ont pu décider dans un sens, cela n'empêchera pas le tribunal ou la cour à qui la difficulté sera soumise plus tard de se prononcer dans un autre. Si le tiers a prêté à la femme et que le bien affecté à la garantie de sa créance vienne à être reconnu dotal, il lui sera impossible de se faire payer dessus. S'il a acheté d'elle dans les mêmes conditions, au bout de dix ans, vingt ans peut-être il pourra se voir évincer d'un immeuble qu'il a légitimement acquis, qu'il a transformé, auquel il s'est attaché par affection, par habitude. On le ruinera par voie d'interprétation. Ce ne sont pas là des hypothèses chimériques ; il suffit d'ouvrir nos recueils judiciaires pour se convaincre de leur réalité. Les notaires peuvent, il est vrai, atténuer ces

inconvenients dans une large mesure en rédigeant avec clarté et précision la clause de constitution de dot, mais il est difficile de les supprimer entièrement.

14. — Ces atteintes portées à l'honnêteté publique et aux intérêts économiques du pays trouvent-elles au moins leur justification dans la protection accordée à l'épouse? Non. L'inaliénabilité de la dot lui sera souvent plus préjudiciable qu'utile. On a vu quelle dépréciation elle faisait subir aux biens du mari. Elle l'empêche en outre de réaliser les opérations avantageuses qui se présenteront peut-être au cours du mariage. Bien plus, elle défend aux époux d'aliéner un bien dotal à quelque prix que ce soit. Il se peut cependant que cette aliénation soit nécessaire par les circonstances. Les conjoints par exemple, possédaient un établissement industriel dont les produits ne s'écoulaient plus, ou bien le mari était fonctionnaire et ses fonctions l'obligent à changer de résidence. Il n'importe! On fermera l'usine, les époux iront louer ailleurs un nouvel asile, tandis que celui qu'ils ont dû abandonner dépérira loin d'eux. La dot sera sauve; on n'examine pas au prix de quels sacrifices.

15. — Ce n'est pas tout. Cette indisponibilité du fonds dotal qui gêne à tout propos l'initiative et la bonne gestion des maris sages, soucieux des intérêts de leur ménage, est impuissante à protéger la dot contre les maris dissipateurs. En effet, le principe de l'inaliénabilité n'est plus entendu chez nous avec la même rigueur qu'il l'était dans la législation de Justinien. Dans certains cas limitativement déterminés, la loi y apporte des exceptions pour pourvoir à l'établissement des enfants, par

exemple, ou fournir des aliments à la famille, ou faire de grosses réparations à l'immeuble dotal(1). Elle a donné de la sorte satisfaction à quelques intérêts supérieurs, mais elle a laissé en même temps la porte ouverte à la fraude.

Les maris à court d'argent, l'expérience est là pour la montrer, seront trop souvent disposés à simuler des établissements fictifs ou à prétexter des réparations urgentes aux immeubles dotaux. Pour ne pas rompre la bonne harmonie du ménage, la femme se prêterait volontiers à cet artifice et la conscience des juges s'y laisserait facilement suspendre. On fera une brèche à la dot; petite d'abord, elle ira sans cesse s'agrandissant, et pour avoir retardé le désastre final on ne l'aura pas évité. Les époux auront en outre ce désavantage d'avoir inutilement dissipé une partie des valeurs dotales en frais pour les formalités de justice.

II. — 16. — A ces inconvénients multiples, existe-t-il dans l'état actuel de notre législation un remède efficace? Le meilleur serait sans doute d'insérer dans le contrat de mariage, comme le permet l'article 1557, une clause autorisant l'aliénation pure et simple des biens constitués en dot. Mais ce serait en même temps décapiter le régime dotal, lui enlever sa principale raison d'être auprès des parties qui l'ont adopté, précisément à cause de la protection particulière dont il entoure les intérêts de la femme. Aussi une pareille stipulation, qui se concevrait pourtant si elle était limitée à certains immeubles dotaux, sera-t-elle d'un usage rare dans la pratique. Le

1. Art. 1558.

plus souvent elle apparaîtra accompagnée d'une clause de remploi. Ainsi combinée elle recule dans une certaine limite l'obstacle mis à la circulation des valeurs dotales, tout en accordant à la femme de sérieuses garanties. La dot ne sera plus condamnée pendant la durée du mariage à une inertie qui pourrait devenir funeste pour l'épouse ; avec son concours, il sera loisible au mari de l'aliéner. On donnera ainsi satisfaction aux principes économiques et à l'intérêt bien entendu des mariés eux-mêmes. Et on ne laissera pas pour cela la femme sans protection, puisque l'immeuble vendu devra nécessairement être remplacé par un autre immeuble d'une valeur équivalente.

17. — Toutefois, il serait exagéré de prétendre que l'insertion d'une pareille clause dans le pacte matrimonial suffise à faire évanouir les défauts inhérents au régime dotal : elle les atténue, elle ne les supprime pas. En supposant qu'elle ne donne lieu à aucune difficulté d'interprétation, ce qui sera rare, elle laisse peser sur les tiers une lourde responsabilité. Le remploi étant une condition nécessaire de l'aliénation, l'acquéreur sera garant de sa validité. Il devra veiller à ce que l'immeuble acheté soit à l'abri de tout danger d'éviction et présente une valeur égale à celui qu'il remplace. Or, il n'est pas impossible que cet immeuble vienne à subir une dépréciation par suite de circonstances fortuites, postérieures à son acquisition. La femme alors prétendra peut-être qu'il est insuffisant. Il faudra plaider, nommer des experts, pour estimer si les deux immeubles présentaient une équivalence exacte au moment du contrat. Cette estimation sera souvent difficile si elle a lieu longtemps

après et l'acheteur malgré son droit se verra peut-être évincer (1). La difficulté se compliquera encore singulièrement, si on suppose que l'immeuble dotal a fait dans l'intervalle l'objet de plusieurs ventes successives. La clause qui en autorise l'aliénation n'empêchera donc pas les tiers d'être victimes de la mauvaise foi des époux.

18. — Elle n'empêchera pas non plus l'hypothèque légale de la femme d'ébranler fortement le crédit du mari. La jurisprudence a encore aggravé cet inconvénient en entourant la dot mobilière d'une protection que la loi semblait avoir restreinte à la dot immobilière. Sans doute les parties pourront stipuler dans le contrat que l'aliénabilité s'étendra aussi aux capitaux mobiliers et qu'il sera loisible à l'épouse de se dépouiller de l'hypothèque qui lui en assure la restitution. Mais souvent les contractants n'iront pas jusque là et se contenteront de la réserve ordinaire d'aliéner le fonds dotal moyennant emploi.

Ayant ainsi mis en relief les avantages et les inconvénients de cette clause, nous allons pénétrer plus avant dans l'examen des difficultés qu'elle soulève.

1. Riom, 27 mai 1850, D. P., 52, 2, 237.

CHAPITRE II

DE L'INSERTION DANS LE CONTRAT DE MARIAGE D'UNE CLAUSE PERMETTANT D'ALIÉNER LE FONDS DOTAL.

SOMMAIRE.

- I. — Quelles personnes peuvent stipuler cette clause, N^{os} 19 à 23.
- II. — A quelles personnes elle est opposable, N^{os} 24 et 25 (1).

I. — 19. — « L'immeuble dotal, nous dit l'article 1557, peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage. » Cette faculté admise au Conseil d'État sur la proposition de Berlier comme un tempérament nécessaire aux rigueurs de la dotalité résultait déjà implicitement des termes généraux de l'article 1387, permettant aux époux d'insérer dans leur contrat toutes les stipulations qui ne seraient pas contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Or, l'ordre public pas plus que les bonnes mœurs ne sont intéressés à ce que les biens restent inaliénables. Le droit romain, on le sait, avait admis une solution différente. L'inaliénabilité de la dot, conséquence nécessaire du régime dotal, était alors absolue, inflexible et ne comportait aucune exception résultant de la volonté des parties : « *Publice interest dotes mu-*

1. Voir la table détaillée des matières, page 378.

liberibus conservari (1). » Le Code civil consacrant une doctrine contraire, ses rédacteurs ont sans doute pensé qu'il était utile d'insister sur la différence profonde qui sépare sur ce point notre droit moderne de la loi romaine. Malheureusement ils se sont expliqués d'une façon trop laconique, et l'article 1557 malgré son apparente simplicité, a prêté à de nombreuses difficultés et est devenu une source féconde de procès.

20. — Il y a lieu d'examiner tout d'abord quelles personnes peuvent faire insérer dans le contrat une clause d'aliénabilité du fonds dotal avec ou sans emploi. Ce droit appartient incontestablement à la femme majeure, à ses père et mère ou au tiers donateur de qui émane la constitution de dot, mais on s'est demandé s'il fallait l'accorder aussi à la future épouse en état de minorité.

Ce point controversé avant le Code civil n'avait pas été jugé uniformément par les Parlements. Il ne saurait faire doute aujourd'hui. Il s'agit là d'une convention matrimoniale et le mineur habile à contracter mariage peut faire avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire à cet effet toutes les stipulations dont ce contrat est susceptible (art. 1398) : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Qu'on n'objecte pas que l'article 2140 défendant à la femme qui a moins de vingt-et-un ans, même dûment assistée, de consentir aucune restriction à son hypothèque légale, il doit lui être interdit à plus forte raison de consentir une aliénation du fonds dotal. La disposition de l'article 2140

1. Loi I. *De soluto matrimonio*, D. 24, 3.

difficile à expliquer rationnellement présente en outre un caractère exceptionnel; il convient de l'interpréter restrictivement et de ne pas l'étendre par voie d'analogie en dehors du cas qu'elle prévoit : D'ailleurs la restriction de l'hypothèque légale présente à un certain point de vue plus de dangers que l'aliénation. En effet, la femme qui limite son hypothèque en la spécialisant diminue le gage affecté au paiement de ses reprises, elle se dépouille sans compensation; lorsqu'elle aliène un de ses propres au contraire, elle conserve contre son mari pour la restitution du prix un recours qui pourra être efficace.

21. — Est-ce à dire toutefois que si la femme a moins de vingt et un ans, lors de la vente ou du partage, les parties soient autorisées à ne pas suivre les formalités requises pour l'aliénation des biens de mineurs ? Cette question a soulevé quelques doutes dans la doctrine et la jurisprudence.

D'après certains auteurs, la première autorisation contiendrait virtuellement la seconde. D'après d'autres, au contraire, il faudrait donner à l'article 1398 une portée plus restreinte. S'il a pour effet d'habiliter le mineur à passer ses conventions matrimoniales, il ne saurait du moins modifier sa capacité pour les actes qui se trouvent en dehors du contrat de mariage, tels qu'une vente ou un partage, ni le soustraire dans ce cas aux formes spéciales déterminées par la loi. La future épouse a bien pu par sa volonté faire fléchir le principe de l'inaliénabilité et se réserver la faculté de vendre ou de partager le bien dotal, mais pour l'exécution de cette volonté, elle reste soumise au droit commun et ne peut se dispenser de rem-

plir les formalités protectrices dont la loi entoure les aliénations des biens de mineurs (1).

22. — Ces deux opinions nous paraissent trop absolues. Nous croyons qu'il faut faire à cet égard une distinction et s'en référer avant tout au contrat de mariage, la solution étant susceptible de varier suivant les termes plus ou moins larges dans lesquels a été stipulée la clause d'aliénabilité. Cette clause donne-t-elle au mari le pouvoir d'aliéner sans prendre le consentement de la femme, il n'aura pas besoin de se conformer aux exigences des articles 457 et suivants. Il ne paraît pas douteux, en effet, que la femme qui aurait pu lui faire donation de ses biens dans les limites de la quotité disponible, ne puisse à plus forte raison lui donner mandat de les aliéner, même durant sa minorité, sans avoir à se soumettre aux formalités dispendieuses qui accompagnent les aliénations des biens de mineurs. Il y a là une convention matrimoniale, irrévocable ; elle doit être exécutée au même titre que les autres.

23. — La solution serait différente à notre avis si la future épouse s'était simplement réservé le droit d'aliéner sa dot sans autre explication. Dans ce cas, les parties ont voulu déroger au principe de l'inaliénabilité dotale, mais là se borne leur intention. Le contrat de mariage habilite la femme à aliéner sa dot, il ne lui permet pas de le faire sans remplir les formalités requises par la loi au cas où elle serait mineure. Les contractants restent donc soumis sur ce point au droit commun puisqu'ils n'ont pas entendu y déroger.

1. Bordeaux, 25 janvier 1826.

A plus forte raison en sera-t-il de même s'il a été spécifié que le consentement de la femme serait nécessaire.

La dot étant inaliénable en principe, il est indispensable que les conditions auxquelles son aliénabilité a été soumise soient rigoureusement observées. La validité de la vente ou du partage dépend ici du concours de la volonté des deux conjoints, et l'épouse qui ne peut vendre ni partager directement ses immeubles pendant sa minorité sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, ne saurait davantage le faire indirectement en donnant son assentiment aux aliénations consenties par le mari. « Comme le dit très bien la Cour de Grenoble, le mineur ne pouvant lui-même pendant sa minorité aliéner ses immeubles, le consentement qu'il donne dans cet état aux aliénations consenties par son conjoint, et qui d'après son contrat de mariage ne seraient pas valables sans ce consentement, ne peut, ne doit pas avoir plus d'effet que l'aliénation qu'il aurait faite personnellement (1). »

Et il en serait ainsi quand bien même le mari aurait reçu de sa femme un mandat général pour la gestion de son patrimoine; un pareil mandat n'embrassant pas le pouvoir d'aliéner et devant être restreint aux actes d'administration conformément à l'article 1988 (2).

II. — 24. — La clause autorisant l'aliénation totale ou partielle des biens dotaux ne saurait être modifiée par

1. D. 1849, 2, 489.

2. Cassation, 12 août 1839.

les époux postérieurement à la célébration du mariage. Ainsi la femme s'étant constitué en dot ses biens présents et à venir avec faculté de les aliéner sous la seule autorisation de son mari, si une donation lui échoit au cours du mariage, les époux ne pourront convenir que les biens à provenir de cette donation soient inaliénables. Ce serait porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

25. — Mais cette clause qui lie les conjoints lie-t-elle également le donateur? Lui serait-il permis dans la même hypothèse de subordonner sa libéralité à cette condition que le bien donné demeurera inaliénable contrairement aux prévisions du contrat de mariage? Une pareille restriction mise à la faculté que s'étaient réservée les futurs mariés d'aliéner la dot en toute liberté devra-t-elle être réputée non écrite ou bien faudra-t-il l'exécuter?

Nous pensons qu'elle devra être réputée non écrite.

Il est vrai que d'après le droit commun les conventions matrimoniales ne lient pas les tiers, mais le législateur a apporté une dérogation à ce principe dans l'article 1553. Si on considère l'esprit qui a dicté cet article, son application à notre espèce paraîtra toute naturelle. En effet, c'est surtout à cause de l'inaliénabilité qui s'y trouve attachée que le législateur a prohibé toute constitution et même toute augmentation de la dot pendant le mariage. Il a voulu que les tiers puissent savoir à la seule lecture du contrat quels biens étaient atteints d'indisponibilité. Ce serait se mettre en opposition directe avec sa pensée que de permettre à un disposant de frapper d'inaliénabilité les biens qu'il donne à la femme alors que d'après le

contrat de mariage ces biens doivent rester aliénables.

26. — En sens inverse si les futurs conjoints n'ont stipulé aucune réserve relative à l'aliénabilité de la dot, un tiers aurait-il le droit de donner un bien à la femme à condition qu'il soit aliénable alors que d'après le contrat de mariage il doit être frappé d'indisponibilité? Cela ne nous paraît pas douteux. La règle qui défend de modifier les conventions matrimoniales postérieurement au mariage s'impose aux époux mais n'oblige pas le donateur. Il est le maître de faire ce qu'il veut et de mettre à sa libéralité telles conditions qu'il jugera convenables pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'article 1553 ne contredit pas cette manière de voir, car s'il défend d'augmenter la dot pendant le mariage, il ne défend pas de la diminuer. Et on s'explique très bien la raison de cette différence; les tiers qui ont traité avec les époux n'ont pas lieu de se plaindre dans l'espèce, puisque loin de leur causer préjudice une pareille clause leur est en réalité favorable.

CHAPITRE III

DE L'ÉTENDUE DE LA RÉSERVE D'ALIÉNER.

SOMMAIRE.

Les exceptions à l'inaliénabilité de la dot doivent être entendues dans un sens strict. N^{os} 27 et 28.

§ I. — Application de ce principe à la dot immobilière. N^{os} 29 à 45.

§ II. — Et à la dot mobilière. N^{os} 46 et 58.

27. — Deux principes dominent cette matière :

1^o Les époux peuvent insérer dans leur contrat toutes les stipulations compatibles avec les lois, les bonnes mœurs, l'intérêt général.

2^o La conservation de la dot étant le but principal du régime dotal, tout ce qui peut tendre à en altérer l'intégrité, à en modifier les caractères essentiels, doit être strictement renfermé dans les limites prévues au contrat.

Ainsi d'une part la loi laisse aux parties la plus grande latitude pour régler leurs conventions matrimoniales. En mettant le régime dotal à la base de leur association, elles ne sont nullement forcées d'en adopter aveuglément tous les principes. Ces principes ne forment pas

1. Voir la table détaillée des matières page 385.

un bloc indivisible. Il est loisible aux contractants d'en atténuer la rigueur, de les adoucir, de les compléter en les combinant avec des règles empruntées à d'autres régimes ; de stipuler, par exemple, une société d'acquêts ou de se réserver le droit de vendre, échanger, partager les biens dotaux en dehors des cas déterminés par la loi.

28. — Mais au moins est-il nécessaire qu'ils se soient expliqués à cet égard ; si leur volonté est douteuse les principes du régime dotal qui constitue le fonds de leur contrat reprennent leur force et leur autorité. Ils y demeurent soumis toutes les fois qu'ils n'ont pas manifesté l'intention expresse ou tacite de s'y soustraire. Toute brèche à l'inaliénabilité de la dot devra par suite s'entendre dans un sens étroit et se mesurer exactement sur l'intention des époux telle qu'elle résulte du contrat de mariage. En cas de doute, il sera sage de se prononcer en faveur de la dot conformément à la maxime romaine : *In rebus ambiguis melius est pro dote respondere*.

Ces deux propositions, simples en apparence, n'ont pas été sans susciter de vives controverses. Nous examinerons les principales en étudiant successivement les exceptions apportées par le pacte conjugal à l'inaliénabilité de la dot immobilière et mobilière.

§ 1. — *Exceptions à l'inaliénabilité de la dot immobilière.*

29. — Une première question se pose. La liberté laissée aux futurs conjoints d'apporter des adoucissements aux règles ordinaires de la dotalité est-elle sans limites et

ont-ils le droit notamment de se réserver la faculté d'hypothéquer le fonds dotal? Certains auteurs l'ont nié. Ils ont fait ressortir en faveur de leur opinion les inconvénients de la constitution d'hypothèque souvent plus dangereuse que l'aliénation. En effet, disent-ils, la femme qui vend ou échange un immeuble dotal ne se dépouille pas entièrement, elle trouve une contre-valeur dans le bien acquis en remplacement ou dans le prix dont elle pourra faire un emploi utile. L'opération peut même constituer dans certains cas une heureuse spéculation, si la vente se fait à un prix élevé ou si des valeurs improductives sont échangées contre d'autres valeurs de bon rapport. L'hypothèque est loin de présenter les mêmes avantages. Comme elle n'entraîne aucun dessaisissement actuel, la femme ne sachant pas calculer les conséquences désastreuses auxquelles elle peut aboutir s'y prêtera plus volontiers qu'à une aliénation qui la prive immédiatement de son bien. Elle espérera un prompt dégrèvement de l'immeuble sur lequel, à ses yeux, elle ne doit peser que momentanément; l'expropriation forcée qui pourrait s'ensuivre lui apparaîtra comme une conséquence lointaine, très éventuelle. C'est pourtant là qu'il faudra en arriver le plus souvent. Et les parties n'ayant plus à choisir ni le moment, ni les conditions du contrat, l'aliénation pourra se faire à une époque défavorable et se ressentira de la dépréciation qui accompagne ordinairement les ventes judiciaires. La plus grande partie du prix sera absorbée à payer les frais ou à désintéresser les créanciers et la femme aura exposé sa dot à un péril sans compensation.

Les Romains avaient bien compris ces inconvénients ; aussi voulant conserver à l'épouse son entière indépendance et la mettre à l'abri des sollicitations importunes de son mari, avaient-ils interdit d'une façon absolue l'hypothèque des biens dotaux à une époque où l'aliénation en restait encore permise. Les rédacteurs du Code civil n'ont pu méconnaître ces principes du droit antérieur à Justinien où ils ont puisé les règles du régime dotal. En déclarant dans l'article 1557 que les biens dotaux pourraient être aliénés, ils n'ont fait que transporter dans notre loi moderne une disposition de la législation romaine. Pourquoi en auraient-ils dénaturé le sens en permettant à la femme de contracter des engagements exécutoires sur le fonds dotal ou de l'affecter en garantie aux créanciers de son mari ? Cela cadrerait assez mal avec la déclaration de l'orateur du gouvernement, disant qu'il importe avant tout de protéger la femme contre sa propre faiblesse et l'influence de son mari.

Le texte de la loi, ajoute-t-on, est du reste parfaitement d'accord avec son esprit pour refuser aux époux qui adoptent le régime dotal le droit de se réserver la faculté d'hypothéquer les immeubles constitués en dot. L'article 1554 déclare en effet d'une façon formelle que les biens dotaux ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. C'est là un principe général. La loi y apporte, il est vrai, certaines exceptions, mais ces exceptions contenues dans les articles suivants (1555-1559), se bornent à autoriser l'aliénation, la donation, l'échange sans faire aucune mention de l'hypothèque. Les exceptions

étant de droit strict, la conséquence qui s'en dégage naturellement n'est-elle pas que la défense d'hypothéquer le fonds dotal subsiste dans toute son étendue. Qu'on ne dise pas que le mot aliénation de l'article 1557 ayant un sens générique et s'appliquant à tous les démembrements, de la propriété comprend implicitement l'hypothèque qui est une aliénation indirecte, éventuelle. L'article 1554 en employant distinctement les mots hypothéquer, aliéner montre bien que dans le régime dotal cette dernière expression n'a pas le sens large qu'on lui prête et se refuse à une pareille extension.

C'est à tort également qu'on invoquerait l'article 1387. Sans doute le législateur a entendu laisser aux contractants la plus grande latitude pour la réglementation de leurs intérêts pécuniaires, il leur a permis l'option entre plusieurs régimes, mais par cela même qu'ils en ont choisi un, ils doivent se soumettre à toutes ses conséquences. Or, un des effets essentiels de la dotalité étant l'interdiction d'hypothéquer les biens dotaux, les futurs conjoints ne peuvent se réserver dans leur contrat une faculté qui serait en quelque sorte la négation du régime sous lequel ils se sont volontairement placés.

30. — Ces raisons sont loin d'être décisives.

L'aliénation présente, dit-on, plus d'avantages que l'hypothèque, ce sera vrai le plus souvent, mais pas toujours cependant. Si les époux ont besoin d'une faible somme, notablement inférieure à la valeur de l'immeuble dotal, on ne saurait soutenir qu'ici il soit préférable de vendre cet immeuble plutôt que de l'affecter à la garantie d'une créance minime. Mais écartons cette hypothèse,

assez rare peut-être, et accordons que dans la majorité des cas l'aliénation ait moins d'inconvénients que l'hypothèque; en faut-il nécessairement conclure que la femme qui peut consentir l'une soit incapable de consentir l'autre? Il en était ainsi dans le droit romain, antérieur à Justinien, mais le droit romain ne fait plus autorité en cette matière. Si les rédacteurs du Code civil lui ont emprunté les règles constitutives du régime dotal, ils en ont profondément altéré le sens et modifié la nature. L'indisponibilité de la dot n'est pas établie chez nous dans un but politique, elle répond à des intérêts privés. Le régime dotal ne s'impose plus aux parties comme une loi d'ordre public; libres de l'écarter elles peuvent lui faire subir les modifications qui ne sont contraires, ni aux lois, ni aux bonnes mœurs.

Les travaux préparatoires ne nous laissent aucun doute à cet égard. On sait les violentes discussions qui s'élevèrent au Conseil d'État lors de l'introduction de ce régime. Le principe de l'inaliénabilité souleva de nombreuses résistances et triompha difficilement. Il ne fut admis qu'à regret, à titre de concession. Pénétrés des inconvénients qu'il engendre, les rédacteurs du Code civil voulurent au moins laisser aux contractants toute liberté de s'y soustraire, et afin qu'aucun doute ne put subsister à cet égard, ils crurent utile de reproduire dans l'article 1557 une disposition qui résultait déjà implicitement de l'article 1387. Cet article 1557 loin d'avoir la portée restrictive que lui prêtent les partisans du premier système n'est en réalité qu'un nouvel avertissement donné aux parties qu'elles peuvent aller jusqu'à former le régime

dotal en lui enlevant un de ses traits caractéristiques : l'inaliénabilité de la dot.

L'argument tiré de la combinaison des articles 1554 et 1557 ne contredit nullement cette manière de voir. De ce que la loi après avoir interdit l'hypothèque et l'aliénation des biens dotaux autorise d'une façon expresse la réserve de les aliéner dans les exceptions qu'elle apporte successivement à cette règle, il n'en faut pas conclure qu'elle prohibe nécessairement celle de les hypothéquer. Le mot aliéner peut en effet être pris dans un sens restreint ou dans un sens large. Au premier cas il s'applique seulement à la translation de propriété ; au second il comprend tous ses démembrements, même l'hypothèque. Or, il ne paraît pas douteux que dans l'article 1557 le mot « aliénation » n'ait été employé dans ce dernier sens et n'embrasse à la fois la faculté d'aliéner et celle d'hypothéquer. Cette interprétation trouve un point d'appui très résistant dans l'article 1554. « Les immeubles constitués en dot, dit cet article, ne peuvent être aliénés ou *hypothéqués* pendant le mariage, sauf les exceptions qui suivent. » N'est-il pas naturel, dès lors, de penser que ces exceptions contenues dans les articles suivants s'appliquent à la prohibition d'hypothéquer aussi bien qu'à celle d'aliéner. Cette manière de voir concorde parfaitement avec l'article 7 du Code de commerce déclarant que les biens dotaux des femmes marchandes publiques « ne peuvent être aliénés ni *hypothéqués* que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil ». Ce renvoi aux articles 1555 et suivants, les seuls où se trouvent les exceptions au principe de l'inaliénabilité du

fonds dotal nous semble la meilleure preuve que ces articles autorisent à la fois et l'aliénation et l'hypothèque.

D'ailleurs, il ne faut pas juger cette grave question avec les seules inductions tirées du rapprochement des articles 1554 et 1557. Il importe d'élargir le débat en le plaçant sur son véritable terrain : la liberté des conventions matrimoniales. Grâce à ce principe qui domine toute la matière, les parties peuvent faire en se mariant les stipulations compatibles avec les lois et l'ordre public. Les divers systèmes de communauté légale, de communauté réduite aux acquêts, de séparation de biens, de régime dotal, ne figurent dans la loi qu'à titre de projets de contrat ; il leur est loisible de les combiner, de les modifier comme bon leur semble.

Si la soumission au régime dotal implique la défense d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles constitués en dot, c'est qu'elles sont présumées avoir entendu se référer aux règles posées par le Code et qui forment le fonds de leur contrat sur tous les points où elles n'ont pas manifesté l'intention d'y déroger. Mais ce n'est là qu'une simple présomption ; elle doit tomber devant la manifestation d'une volonté contraire. La prohibition d'hypothéquer pas plus que celles d'aliéner ne sont des conséquences essentielles, nécessaires, du régime dotal, et les contractants libres d'écarter la seconde peuvent également repousser la première. Il suffit qu'ils s'en soient expliqués. Qu'importe le silence de l'article 1557 à cet égard ? Cet article n'avait pas à donner aux futurs époux un droit qu'ils tenaient déjà de l'article 1387, il lui suffisait de ne pas le leur enlever. Qu'importe aussi que

la réserve d'hypothéquer présente plus de dangers pour la femme? C'est son affaire et non pas celle du législateur : la loi lui offre une faculté, elle reste libre de ne pas s'en servir.

Après quelques oscillations, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de ce second système. Dans une importante série d'arrêts elle a admis qu'il était permis à la femme de se réserver le droit non-seulement d'aliéner ses immeubles dotaux, mais aussi de les hypothéquer. Tout récemment encore, elle a de nouveau affirmé cette doctrine (1).

31. — Certains auteurs sont même allés plus loin. A les en croire, le premier de ces droits emporterait nécessairement le second. Ils font remarquer en ce sens que le mot aliéner employé dans une acception large, s'applique à tous les démembrements de la propriété, y compris l'hypothèque. C'est arbitrairement qu'on voudrait en restreindre la portée. Non-seulement l'hypothèque contient en elle le germe d'une aliénation; mais elle y aboutit le plus souvent. Il semble dès lors que la femme à qui il serait loisible de se dépouiller immédiatement du fonds dotal en en transférant la propriété à un tiers puisse à plus forte raison lui consentir une hypothèque sur ce même fonds. L'hypothèque étant une aliénation lointaine, éventuelle n'est-ce pas le cas d'appliquer l'adage : qui peut le plus peut le moins?

1. Cassation, 17 juillet 1840, S. 40, I. 796. — Cassation, 13 décembre 1853, S. 54, I. 17. — Cassation, 3 février 1891. S. 91, 1, 247. — V. aussi Colmet de Santerre, VI, n° 229 bis. Laurent XXII. n° 516. — Guillouard, IV, n° 1942. — Troplong, IV, n° 3361.

En vain objecterait-on que la loi a pu exiger une mention expresse de la réserve d'hypothéquer parce qu'elle la considère comme plus dangereuse que celle d'aliéner. C'est le contraire qui est vrai. L'article 1508 en effet, tout en interdisant au mari d'aliéner sans le consentement de la femme les immeubles frappés d'ameublement, lui permet cependant de les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublement. Et l'article 7 du Code de commerce semble encore plus décisif, car il donne pouvoir au mineur commerçant d'hypothéquer ses immeubles sans autorisation préalable, tandis qu'il lui défend de les vendre sans suivre les formalités prescrites par les articles 457 et suivants.

Ailleurs, le droit d'aliéner et celui d'hypothéquer marchent de pair. Aux termes de l'article 2124 l'hypothèque conventionnelle peut être consentie par celui-là seulement qui a la capacité d'aliéner.

Il ne paraît pas douteux non plus que dans le titre consacré au régime dotal le législateur n'ait pris le mot aliénation dans son sens générique. Cela ressort bien des articles 1556 et 1558. Bien que ces articles ne prononcent pas le mot d'hypothèque et n'autorisent expressément que la donation ou la vente, la jurisprudence et la majorité des auteurs accordent cependant à la femme qui peut donner ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants ou les aliéner pour tirer le mari de prison, le droit de les hypothéquer dans ces mêmes hypothèses. Et l'article 1557 n'est pas moins concluant. Si la faculté d'aliéner qu'il accorde n'emporte pas virtuellement celle d'hypothéquer, il faudra en tirer cette conséquence que

la femme pourra bien se réserver dans son contrat de mariage le droit d'aliéner le fonds dotal, mais non pas celui de l'hypothéquer. En effet, la prohibition de l'article 1554 est générale, elle s'applique à l'aliénation et à l'hypothèque. L'article 1557 y apporte, il est vrai, une exception, mais comme il prend soin de la limiter à l'aliénation, l'hypothèque demeure interdite. Cette conclusion est repoussée par la Cour de cassation elle-même. Le mot aliénation dans le code comprend donc le plus souvent l'hypothèque, pourquoi en serait-il autrement dans le contrat de mariage? Pourquoi élargir ou restreindre le sens de cette expression selon qu'elle est employée par la loi ou par les parties?

Cette interprétation est aussi conforme à la volonté des contractants et aux principes généraux du droit. La femme par cela même qu'elle enlève à son immeuble le caractère d'inaliénabilité le rend entièrement disponible entre ses mains et peut avec l'autorisation de son mari l'échanger, le vendre ou le grever d'hypothèques. Comme le dit très bien la Cour de Besançon : « Une fois le caractère de l'inaliénabilité effacé par la déclaration des
« époux, les immeubles dotaux rentrent ou plutôt res-
« tent sous l'empire d'un principe supérieur même à
« celui de l'inaliénabilité, c'est-à-dire sous l'empire du
« droit commun, car le principe de l'inaliénabilité de la
« dot n'est lui-même qu'une exception » (1).

1. Besançon, 1^{er} mars 1838, S. 1838, 2, 449. Limoges, 6 décembre 1844, S. 45, 2, 261. Lyon, 12 juillet 1834. S. 34, 2, 588, Adde : Tessier, *De la dot*, I, p. 393. Troplong, IV, 3363 et suiv.

32. — Cette argumentation ne peut nous convaincre. La réserve d'hypothéquer est une exception trop grave aux règles de la dotalité, elle en altère trop profondément le caractère pour qu'il nous paraisse possible de la déduire par voie d'interprétation de la faculté d'aliéner. Le législateur a établi autour de la femme dotale un véritable rempart de garanties. Il a multiplié les précautions et accumulé les privilèges pour assurer la conservation de la dot. Sans doute les futurs époux peuvent ne pas admettre les règles du régime dotal dans leur pureté, il leur est permis de les adoucir, mais ce régime n'en constitue pas moins le fond de leur contrat. En le mettant à la base de son union, la femme a voulu se ménager un ensemble de prérogatives et parce qu'elle a manifesté l'intention de se dépouiller de l'une d'elles, il serait exagéré de conclure qu'elle ait entendu renoncer aux autres. Toute dérogation aux principes de l'indisponibilité du fond dotal devra donc se mesurer sur l'intention des contractants et ne pas dépasser les limites de l'exception autorisée. En dehors de ces exceptions les règles de la dotalité conservent leur force et demeurent la loi des parties. Ainsi à notre avis, l'autorisation d'aliéner ne saurait comprendre celle d'hypothéquer.

Cette solution peut paraître contraire au principe que le droit de faire le plus emporte celui de faire le moins. Ce n'est là qu'une apparence. « L'étendue des lois du
« moins au plus ou du plus au moins, dit Domat est bor-
« née aux choses qui sont de même genre que celles
« dont la loi dispose ou qui sont telles que son motif
« doive s'y étendre... Ainsi dans le droit romain, il était

« permis au mari de vendre le fonds dotal de sa femme
« si elle y consentait, mais non pas de l'hypothéquer quoi-
« qu'elle y consentit » (1).

Ce sont là en effet deux choses essentiellement différentes. L'aliénation est un contrat commutatif, la femme retrouve l'immeuble aliéné dans le prix ou dans l'immeuble acquis en remploi. L'hypothèque au contraire est le plus souvent un acte gratuit, accompli dans un but désintéressé pour fortifier le crédit du mari. La femme n'y rencontre plus l'équivalent de ce qu'elle donne et elle y souscrita cependant plus volontiers qu'à une aliénation ne sachant pas à quoi elle s'expose. Ces considérations qui avaient inspiré la législation romaine antérieure à Justinien sont-elles demeurées étrangères aux rédacteurs du Code civil? On l'a soutenu en s'appuyant sur certains textes desquels il paraît bien résulter qu'aux yeux du législateur moderne l'hypothèque est moins que l'aliénation. On a invoqué en particulier les articles 1508 du Code civil et 6 du Code de commerce.

Ces articles ne sont nullement décisifs et visent des cas exceptionnels. L'article 1508, par exemple, se réfère à l'hypothèse où les immeubles de la femme ont été ameublés jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Si la loi eût accordé au mari le droit de les aliéner pour un prix n'excédant pas cette somme, il eût pu les vendre bien au-dessous de leur valeur et compromettre ainsi les intérêts de l'épouse. L'hypothèque ne présentant pas ce danger, on comprend que la loi l'ait autorisée tout en pro-

1. Domat. liv. I, Tit. I, Section II, n. 24.

hibant l'aliénation. Quant à la distinction faite par l'article 6 du Code de commerce, elle peut se justifier par ce motif que l'hypothèque étant un moyen de crédit souvent nécessaire et plus rapide que l'aliénation ne laissera pas au mineur le temps de se munir de l'autorisation du conseil de famille ou de l'homologation du tribunal.

L'argument tiré de l'article 2123 n'est pas plus probant. Cet article dispose que pour consentir une hypothèque il faut être capable d'aliéner, il ne dit pas, ce qui est tout différent, que la capacité d'aliéner emporte nécessairement celle d'hypothéquer.

C'est à tort également qu'on a invoqué les articles 1555, 1556, 1558 du Code civil. Quand bien même il serait vrai, comme le décide la Cour de Cassation, que le pouvoir d'aliéner les biens dotaux conféré à la femme par la loi pour établir ses enfants, fournir des aliments à la famille ou tirer le mari de prison, implique le droit de les hypothéquer, il n'en faudrait pas conclure qu'il en soit de même lorsque cette faculté d'aliéner dérive du contrat de mariage. Dans le premier cas il s'agit d'interpréter l'intention du législateur, dans le second la volonté des parties. Du moment où celles-ci ont voulu se placer sous la garantie du régime dotal, il ne faut pas étendre les dérogations qu'elles y apportent dans un sens opposé à l'esprit de ce régime.

Il n'est pas moins exagéré de prétendre qu'en enlevant au fonds dotal son caractère d'inaliénabilité, la femme le rende disponible entre ses mains. En effet, aux termes de l'article 1554 les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage. La

clause qui permet aux époux d'aliéner ne supprimant que la première de ces prohibitions, l'autre continue de subsister dans toute son étendue (1).

33. — Si la faculté d'hypothéquer le fonds dotal ne peut résulter d'une clause en autorisant l'aliénation, il n'est cependant pas nécessaire que le mot hypothèque soit écrit dans le pacte matrimonial. La volonté des parties n'est soumise à cet égard à aucune formule sacramentelle. Il suffit qu'elle résulte clairement des termes employés. Ainsi la Cour de Lyon a jugé avec raison qu'une femme s'étant réservé le droit de « *vendre, aliéner, engager et obliger ses biens dotaux* », avait pu valablement les hypothéquer. Bien que ce dernier droit n'eût pas été expressément stipulé, il était clair que les parties avaient entendu s'y référer en se réservant celui « *d'engager et obliger* » le fonds dotal. Il eût été difficile autrement de trouver un sens raisonnable à leur convention.

La Cour de Cassation a donné une solution analogue dans un cas où la future épouse avait inséré dans son contrat une clause lui permettant non-seulement d'aliéner ses biens dotaux, mais de prendre sur eux, du consentement de son mari, tels engagements que bon lui semblerait (2). Dans l'intention des contractants, ces derniers mots comprenaient virtuellement l'hypothèque. Il convenait d'autant moins d'en restreindre le sens que la femme

1. En ce sens : Cassation, 1^{re} décembre 1868, S. 69. I. 59. Caen, 1^{er} avril 1876, S. 76. 2. 291. Caen. 8 juillet 1889 sous Cass. Sirey 92. I. 251 — Cass. 24 juillet 1890. Sirey 92. I. 251. Adde Laurent, 23, n° 519. Aubry et Rau, T. V, § 537, texte et note, 60.

2. Requêtes, 13 décembre 1853. D. 1854, I, 129.

souscrira plus difficilement une obligation hypothécaire qui lui laisse une expropriation en perspective, qu'une obligation pure et simple dont elle n'aperçoit pas immédiatement le danger.

34. — La faculté d'hypothéquer se trouverait-elle aussi comprise dans une clause où la femme aurait stipulé en plus du droit d'aliéner, celui de « *disposer en pleine et entière liberté de ses immeubles dotaux* » ? La Cour de Lyon a décidé l'affirmative (1). La faculté de disposer ajoutée à celle d'aliéner, fait-on remarquer, n'a pu être insérée dans le contrat qu'à l'effet d'étendre et de généraliser la restriction imposée par les parties à la rigueur du régime dotal. Si elle avait simplement pour objet de permettre l'aliénation, elle serait inutile puisque l'aliénation a été prévue par un mot spécial. Pour lui donner un sens, il faut bien supposer que les parties ont entendu désigner par là tous les modes d'aliénation directs ou indirects et en particulier l'hypothèque.

Cela n'est pas certain. Il est possible que les futurs époux aient eu en vue un mode d'aliénation autre que la vente : une transaction, un compromis, une donation. Ils ont pu ne pas songer à une affectation hypothécaire. La clause du contrat de mariage laisse au moins place à un doute, et dans le doute il faut appliquer le droit commun. Or, le droit commun ici, est écrit dans l'article 1554, aux termes duquel les immeubles dotaux ne peuvent être hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme sans autorisation de justice.

1. Dalloz., Rep. n° 3555.

Nous voyons se dresser l'objection. L'épouse va pouvoir aliéner sa dot à titre gratuit, et il lui serait interdit de l'affecter en garantie à un créancier ? Les contractants ont-ils pu raisonnablement vouloir une pareille contradiction ? La contradiction n'est qu'apparente. Ce qu'il importe d'envisager avant tout ce sont les dangers que présentent pour la femme les deux opérations. Or, elle consentira certes moins facilement à une donation qui la dépouille de suite, qu'à une affectation hypothécaire qui lui laisse son bien en apparence tout au moins. Dans le premier cas elle se laissera souvent séduire par l'espoir d'un retour à meilleure fortune, d'une extinction prochaine de la dette ; dans le second elle sera retenue par le frein de son propre intérêt. Nous ne croyons donc pas que la faculté stipulée par elle « *d'aliéner et disposer de ses biens dotaux* », comprenne celle de les hypothéquer.

35. — Nous en dirons autant de la clause suivante qui se rencontre fréquemment dans les contrats de mariage. « La future épouse se réserve le droit avec la seule autorisation de son mari et sans formalité judiciaire de vendre, liciter, partager ou *autrement aliéner* ses immeubles constitués en dot. » Cette expression ou *autrement aliéner* est, à notre avis, exclusive du droit d'hypothéquer. Par cela même qu'elle est très élastique, elle nous paraît d'un emploi particulièrement dangereux. Elle laisse planer une trop grande incertitude sur la volonté des contractants. A quels modes d'aliénation ont-ils entendu se référer ? Leur intention étant douteuse, il convient de restreindre la brèche qu'ils ont faite à l'inaliénabilité de la dot aux cas textuellement prévus et à ceux qui s'y trouvent implici-

ement contenus. Or la faculté d'aliéner, aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante, n'emporte pas celle d'hypothéquer. Il doit en être ainsi à plus forte raison de la réserve de vendre, ou de partager le fonds dotal, l'hypothèque étant de nature à causer à la femme un préjudice plus grave qu'une vente ou un partage. Cette interprétation est conforme à la nature du régime dotal où la défiance et les prohibitions forment le droit commun et où l'intérêt de la femme doit prévaloir celui des tiers.

36. — La Cour de Caen nous paraît s'être écartée de ces principes dans une espèce où la future épouse avait stipulé le droit : « 1° de vendre, liciter ou échanger ses « biens dotaux du seul consentement de son mari moyen-
« nant bons et valables remplois ou une garantie hypothé-
« caire; 2° le droit d'aliéner ces mêmes biens sans emploi,
« ni garantie de la même manière que si elle était mariée
« sous le régime de communauté jusqu'à concurrence d'une
« somme de 20,000 francs. » Le second alinéa donnait-il à la femme un pouvoir de disposition absolu sur une partie du fonds dotal et entraînait-il pour elle la capacité de l'hypothéquer. Les juges de première instance avaient décidé la négative. Ce jugement fut infirmé en appel. Le mot aliéner, dont se sont servis les contractants, dit en substance l'arrêt de la Cour, doit être pris dans une acception large alors qu'il est mis au regard de ces autres expressions vendre, liciter, échanger. Les mariés ont eu en vue quelque chose de plus qu'une vente, un partage, un échange. Ils ont voulu que la femme pût affecter ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme à la sûreté des prêts consentis par

elle. Quel autre sens donner à cette phrase du contrat : « La femme se réserve en outre la faculté de pouvoir aliéner ses immeubles sans emploi ni garantie, de la même manière que si elle était mariée sous le régime de communauté jusqu'à concurrence de 20,000 francs. » N'est-il pas évident que la commune intention des parties a été de réserver par là à la future épouse un droit de disposition absolue sur ses immeubles et de les soustraire dans la limite spécifiée aux règles du régime dotal? (1).

37. — Ces raisons ne nous semblent pas décisives. Nous pensons que le tribunal de Domfront était dans le vrai et avait mieux interprété la volonté des contractants en refusant à la femme le droit d'hypothéquer dans cette même espèce.

L'interprétation donnée par la Cour de Caen, a, ce nous semble, le grave défaut d'isoler complètement deux fragments d'un même article, qui aux yeux des parties étaient vraisemblablement destinés à se compléter et à former un seul tout. Si au lieu de les traduire séparément on les rapproche le sens qui s'en dégage le plus naturellement sera tout autre.

En plaçant le régime dotal à la base de leur contrat, les futurs conjoints commencent par en adoucir la rigueur. Ils se réservent le droit de vendre, liciter, échanger les biens dotaux moyennant un bon remplacement ou une garantie hypothécaire. Puis ils élargissent cette première brèche aux principes de la dotalité. Si le emploi et la garantie sont de règle, cette règle elle-même ne sera pas

1. Caen, 1^{er} avril 1876, Dal. Nouv. Rep. *Contr. de mariage*, n. 1277.

inflexible. Jusqu'à concurrence d'une certaine somme les restrictions mises à l'aliénabilité du fonds dotal disparaîtront complètement, il sera loisible à la femme de l'aliéner sans emploi ni garantie. Où voit-on qu'il soit ici question d'hypothèque ? Non-seulement le rédacteur du contrat de mariage a évité d'en prononcer le mot, mais rien dans le langage qu'il emploie n'y fait allusion. Les termes d'*engager*, d'*obliger le fonds dotal* que la jurisprudence a parfois considérés comme synonymes d'affectation hypothécaire font ici défaut. Prétendrait-on induire ce droit exorbitant de la réserve d'aliéner ? Ce serait à tort, car autre chose est l'aliénation, autre chose l'hypothèque, et c'est un point de jurisprudence aujourd'hui fixé que sous le régime dotal ces deux contrats différents par leur nature et leurs caractères doivent être soigneusement distingués. N'est-il pas plus naturel de penser qu'en employant le mot aliéner, les futurs conjoints, loin de vouloir ajouter quelque chose à la réserve, d'échanger, de partager, de vendre le fonds dotal ont simplement entendu se référer à ces modes d'aliénation et pour ne pas les répéter se sont servis d'un terme assez large pour les comprendre tous les trois ?

Le contrat, il est vrai, ne se borne pas à habiliter l'épouse à aliéner, il lui permet de le faire sans emploi ni garantie, de la même manière que si elle était mariée sous le régime de communauté. Cette stipulation constitue, dit-on, un retour au droit commun ; elle enlève à la dot son caractère d'indisponibilité et donne à la femme dotale dans une certaine limite une capacité identique à celle de la femme commune en biens.

Nous voyons au contraire dans le second alinéa de cet article du pacte matrimonial, une simple exception à la règle générale posée dans le premier. L'exception doit être de même nature que la règle et se restreindre aux cas prévus par elle. Or, la règle dans cette espèce était que les biens dotaux ne pourraient être vendus, licités ou échangés sans un remplacement où une garantie hypothécaire. L'exception consistera à permettre à la femme de les aliéner, c'est-à-dire, d'en consentir une vente, une licitation ou un partage sans remploi ni hypothèque, de *la même manière que si elle était mariée en communauté* où ces sûretés ne sont pas ordinairement exigées. Ainsi interprétée cette dernière phrase peut paraître d'une utilité contestable. Il ne faut pas s'en étonner outre mesure. Les formules notariales rédigées assez souvent en un style bizarre, n'ont ni la clarté ni la précision de langage du législateur. Elles abondent en redondances et en inutilités, c'est une raison de plus pour ne pas en élargir le sens.

38. — Il pourra aussi arriver que la femme ne voulant pas aliéner ses immeubles dotaux et son contrat ne lui permettant pas de les affecter ouvertement en garantie, essaye de dissimuler un contrat d'impignoration sous la forme d'un réméré. Elle vendra une partie du fonds dotal moyennant une certaine somme que l'acquéreur payera comptant et se réservera la faculté de le racheter dans un délai déterminé en remboursant le prix de vente. En réalité ce n'est là qu'une fiction, la femme n'a pas entendu vendre pas plus que l'acheteur n'a voulu acquérir. Le pacte de rachat qui est intervenu dans

l'espèce, est un masque dont les contractants se sont servis pour dissimuler un prêt sur antichrèse. Ce contrat sera-t-il valable? Non assurément. Si la réserve d'aliéner est insuffisante pour autoriser l'hypothèque, elle doit l'être également pour permettre un contrat pignoratif et la femme ne saurait faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement. Sans cela il serait trop facile aux parties d'échapper aux prohibitions de la loi en revêtant leurs conventions d'une forme licite (1).

39. — La vente à réméré au contraire sera valable si elle est sérieuse et sincère. Les auteurs et la jurisprudence se sont prononcés en ce sens. Le pacte de rachat, en effet, n'est qu'une modalité de la vente pure et simple; comprendrait-on que l'épouse à qui il serait loisible de se dépouiller de son immeuble par une aliénation définitive ne puisse pas le vendre sous condition (2).

40. — Le droit d'*aliéner* emporte-t-il celui de *compromettre*? La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur ce point. Sous le régime dotal pur, il est certain que la femme ne peut pas compromettre sur des difficultés relatives au fonds dotal. Cela résulte avec évidence des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile. Le premier de ces articles dispose que les causes des femmes même autorisées de leurs maris devront être communiquées au ministère public s'il s'agit de la dot; et le second interdit le compromis dans les affaires sujettes à com-

1. En ce sens. Cass., 31 janvier 1837, S. 37, I, 190. Caen, 21 décembre 1837, S 38,2, 174. Adde: Guillouard, *Contrat de mariage*, IV, n. 1944. Aubry et Rau, V. § 537, texte et note 61, p. 575.

2. Cassation, 19 mars 1861, D. 61, I, 429.

munication au ministère public. Mais il en est autrement dit-on, si la dot a été rendue aliénable par contrat de mariage. Comme le faisait remarquer l'orateur du Tribunal, sur le projet de l'article 1004 du Code de procédure, « où serait alors le motif de surveiller en jugement ce que les époux ont toute liberté de faire hors jugement ? » Les raisons qui l'ont fait établir n'existant plus, la communication au ministère public ne sera donc pas exigée dans cette hypothèse et les époux jouiront relativement aux biens dotaux de la même latitude que s'ils étaient mariés sous le régime de la communauté (1).

41. — Nous ferons à ce système le même reproche que précédemment ; il donne au mot aliéner une interprétation trop large. Ce terme même employé dans son sens générique comprend-il le compromis ? Cela peut faire difficulté, car le pouvoir de transiger qui est une façon d'aliéner n'emporte pas celui de compromettre ; à plus forte raison doit-il en être ainsi si la réserve d'aliéner a été stipulée par les époux comme une dérogation aux règles du régime dotal. L'étendue de cette clause dépend alors de la volonté des parties. Or, l'aliénation et le compromis ont dû leur paraître deux choses absolument différentes. Dans l'aliénation la femme cède ses droits moyennant un équivalent, dans le compromis elle se prive des garanties de justice pour soumettre à des arbitres la solution d'une question relative au fonds

1. En ce sens : Grenoble, 12 février 1846. — S. 46. 2. 519. — Nîmes, 9 novembre 1849, S.50. 293. — Troplong, IV, n° 3363. Tessier, I. p.390. — Marcadé, VI, article 1557.

dotal. Il serait vraiment exagéré de conclure que la seconde de ces facultés se trouve implicitement contenue dans la première.

42.— Si les époux se sont réservé par contrat le droit d'aliéner l'immeuble dotal, ils peuvent aussi l'échanger. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point. La faculté d'aliéner, dit M. Guillouard, comprend celle d'échanger : l'expression d'aliéner « *alienam rem facere* » s'étend à tous les modes par lesquels on transfère à autrui la propriété de sa chose. » Et le savant auteur cite à l'appui de cette interprétation ce passage de Denisart : « Les différentes espèces d'actes compris dans le mot aliénation sont en grand nombre car le sens de ce mot est très étendu : ainsi la vente, l'échange, la donation sont de véritables aliénations. » — « La faculté d'aliéner, dit aussi M. Troplong, entraîne sans contestation la faculté d'échanger : de toutes les aliénations l'échange est la plus favorable, la moins dommageable, la moins fragile. »

Malgré les autorités considérables sur lesquelles elle s'appuie cette doctrine nous paraît un peu absolue. La difficulté, nous semble-t-il, n'est pas d'examiner si l'échange peut être compris dans l'aliénation, cela n'est pas douteux, mais bien de savoir si les parties ont voulu l'y comprendre. Or, la réponse à cet égard ne saurait être la même et peut varier avec les termes du contrat. Les époux ont-ils stipulé le pouvoir d'aliéner les biens dotaux en pleine et entière liberté, ou mieux encore se sont-ils réservé, en plus du droit de les aliéner, celui d'en disposer comme ils le jugeraient convenable, une pareille clause d'ou pourrait s'induire la faculté de donner le fonds dotal

entraînera à plus forte raison celle de l'échanger. Mais il en serait autrement, croyons-nous, si les futurs conjoints s'étaient servis de l'expression « aliéner » sans autre explication. Ce mot employé tout seul ne s'entend ordinairement que des aliénations à titre onéreux et il n'est pas sûr que dans l'intention des contractants il les comprenne toutes. Le plus souvent ils auront pris le terme d'aliénation comme synonyme de vente. Cette conjecture apparaîtra surtout très vraisemblable si le droit d'aliéner a été subordonné à une condition de emploi et la question alors se ramènera à cette autre : L'autorisation de vendre emporte-t-elle celle d'échanger ?

43. — Ce point est lui-même controversé.

On serait tenté à première vue de se prononcer en faveur de l'affirmative. La dérogation au principe de l'inaliénabilité est moins grande, semble-t-il, dans le second cas que dans le premier et le droit d'échanger se trouve virtuellement compris, dans celui de vendre comme le moins dans le plus. Il présente d'ailleurs moins de risques pour la femme et ne l'appauvrit pas, puisqu'il se borne à substituer une chose à une autre de même valeur, tandis que la vente met à la disposition du mari un prix facile à dissiper.

L'opinion contraire nous semble cependant préférable. Malgré certaines similitudes l'échange et la vente ne sauraient être confondus. On peut relever entre ces deux contrats des différences sensibles. Si le premier offre à la femme certaines garanties qu'elle ne retrouve pas dans le second, à d'autres égards il pourra lui être plus préjudiciable. Il donnera plus souvent prise à la fraude et

aux simulations. Le mari par exemple échangera un fonds de bon rapport contre un autre d'un revenu insignifiant moyennant une soule secrète. La femme n'aura pas comme dans la vente le prix pour se renseigner sur les avantages de l'opération; elle se laissera tromper plus facilement. Le plus souvent incapable de déterminer la valeur comparative des deux objets, elle saura moins bien apprécier si elle retrouve l'équivalent de ce qu'elle a perdu. Et pourtant l'échange par cela même qu'il met un immeuble à la place d'un autre lui apparaîtra sous un jour plus favorable que la vente; elle y consentira plus volontiers.

Ce n'est pas tout. A un autre point de vue la femme venderesse sera encore mieux protégée que la femme coéchangiste. La première en effet, si elle a subi un préjudice de plus des $7/12^e$ dans une vente immobilière trouvera dans la rescision pour cause de lésion un moyen facile de faire annuler le contrat qui ne saurait être invoqué par la seconde (art. 1674).

Ces considérations suffisent, à notre avis, pour décider que le droit de vendre le fonds dotal même sans emploi, n'emporte pas celui de l'échanger; à plus forte raison donnerons-nous la même solution si son aliénabilité a été subordonnée à une condition de emploi. La vente a sur l'échange les mêmes avantages que précédemment et elle garantit mieux la conservation du prix que lorsqu'elle a été permise purement et simplement.

44. — Si à la faculté d'aliéner, la femme a joint celle d'hypothéquer, lui sera-t-il permis d'obliger le fonds dotal par de simples engagements contractés envers un créancier chirographaire? L'affirmative paraît certaine à

M. Troplong. « Une hypothèque, dit l'éminent magistrat, « n'est jamais que l'accessoire de l'obligation consentie « pour le paiement d'une somme quelconque, obligation « dont l'hypothèque constitue la garantie la plus haute. « Puisque la femme s'est réservé la faculté d'hypothé- « quer, c'est qu'elle a prévu que dans le mouvement des « affaires conjugales, il serait utile pour elle et pour le « ménage qu'elle y intervienne par ses obligations. Or, « qui s'oblige oblige le sien (art. 2092 et 2093) : c'est là « le droit commun, le droit naturel, le vœu de la bonne « foi. La femme l'a si bien entendu ainsi qu'elle a voulu « aller au-delà même de cette obligation, qu'elle a désiré « pouvoir la rendre plus étroite et donner à son créan- « cier outre le gage naturel et général attaché *ipso jure* « à tout engagement par les articles 2092 et 2093, un « gage spécial, une cause légitime de préférence. Il suit « donc de là que la faculté d'aliéner et d'hypothéquer « conduit forcément à attribuer à la femme la capacité « de s'obliger pour somme à prendre sur sa dot mobi- « lière. » Cette doctrine est séduisante. On peut trouver étrange, en effet, que la femme puisse souscrire un engagement hypothécaire, tandis qu'il lui est défendu de contracter une obligation pure et simple. L'affectation hypothécaire est-elle autre chose cependant qu'une forme plus parfaite, plus précise de l'obligation pure et simple? La femme n'est-elle pas liée dans un cas comme dans l'autre? Que lui importe si sa dette pèse sur tout son patrimoine ou sur un bien en particulier? C'est là une différence importante pour le créancier, mais sans intérêt pour le débiteur. Et il semble contradictoire que

l'épouse capable d'affecter hypothécairement chacun de ses immeubles à la sûreté de sa dette soit incapable de les engager tous en bloc par de simples engagements chirographaires.

45. — Malgré ces raisons assez fortes, l'opinion contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence. Elle nous paraît mieux fondée et elle est conforme au système d'interprétation restrictive qui est de règle en matière de régime dotal. La future épouse s'étant réservé le droit de s'obliger suivant un certain mode, il ne faut pas étendre sa capacité à un autre mode qu'elle n'a pas prévu lorsque ce second mode présente plus de danger pour elle, comme cela arrive dans l'espèce. Une obligation pure et simple ne lui inspirera pas les mêmes craintes et n'éveillera pas sa prudence au même degré qu'une affectation hypothécaire. La menace d'une expropriation en perspective lui donnera à réfléchir et pourra l'empêcher de consentir une hypothèque; au contraire, à chaque instant elle sera amenée à contracter de simples engagements qui, pris isolément, lui paraîtront insignifiants et dont l'ensemble arrivera quelquefois à absorber le plus clair des valeurs dotales. On ne saurait donc au point de vue des dangers qu'elles présentent pour la femme, assimiler l'obligation pure et simple à l'obligation hypothécaire ni induire la première de la seconde par voie d'analogie (1).

1. En ce sens : Cass. 3 avril 1849, S. 49. I, 585. Laurent XXIII, 517. Guillouard, IV, n° 1958. Rodière et Pont, III, n° 1783. Contra : Lyon, 2 août 1845. Dev. 46, 2, 361. Requêtes, 9 juin 1847. D. 47. I. 616. Troplong IV, N° 33, 97.

§ 2. — *Exceptions à l'inaliénabilité de la dot mobilière.*

46. — On sait qu'aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante la dot mobilière est inaliénable. Nous ne reprendrons pas dans ses détails la critique de ce système prétorien. Sa base au point de vue juridique est assez fragile. On l'a maintes fois démontré. Mais si les textes lui sont contraires, il essaye de se justifier en invoquant en sa faveur de fortes considérations pratiques.

A l'inverse de ce qui se produisait dans l'ancien droit, les fortunes de nos jours ont une tendance à se mobiliser. La formation des grandes sociétés industrielles, commerciales ou financières, a multiplié à l'infini les titres et les capitaux mobiliers.

Il est peu de personnes aujourd'hui qui ne possèdent un certain nombre d'actions ou d'obligations dans quelque une de nos grandes compagnies. Cette transformation de la richesse publique a rendu plus sensibles les lacunes de certaines dispositions du Code civil écrites sous l'influence de la vieille maxime « *res mobilis, res vilis* ». On a compris en particulier que le principe de l'inaliénabilité serait souvent illusoire s'il ne protégeait pas les créances, maintenant que l'accroissement si rapide des valeurs mobilières a augmenté le nombre des dots constituées en argent. Fallait-il donc abandonner une partie de la fortune de la femme, la plus mobile, la plus facile à dissiper aux spéculations aventureuses du mari? La rigueur des principes l'aurait peut-être exigé, mais c'eût

été laisser sans protection des intérêts très légitimes. Aussi la cour régulatrice s'est-elle ingéniée à combler cette lacune qui avait vraisemblablement échappé au législateur, comprimant avec douceur les textes qui la contrariaient, elle a construit sa théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

47. — Toutefois il importe de ne pas se laisser tromper par les mots. Le principe de l'inaliénabilité ne saurait s'appliquer aux meubles avec la même intensité ni la même énergie qu'aux immeubles.

Le législateur a mis la dot immobilière à l'abri de toute attaque en interdisant soigneusement les actes susceptibles d'en entraîner la perte. Il a accumulé les privilèges et gradué les prohibitions. Non-seulement l'épouse ne peut, même du consentement de son mari, l'aliéner directement, mais elle se trouve dans l'impossibilité de se dépouiller par voie de cession ou de renonciation de l'hypothèque légale qui lui en assure la restitution. Il ne pouvait être question de soumettre les meubles dotaux à la première de ces interdictions ; c'eût été leur enlever tout leur essor, toute leur fécondité. Les capitaux mobiliers sont par leur nature soumis à des fluctuations fréquentes de hausse et de baisse, il est utile de pouvoir s'en débarrasser au moment opportun. La jurisprudence a dû chercher un moyen de concilier la protection nécessaire à la femme avec le besoin d'assurer la circulation des valeurs dotales. Elle a reculé d'un degré le système de défense dont elle entoure la dot immobilière. Le premier rempart de garanties qui la protége s'est abaissé ici et a fléchi devant des nécessités pratiques ;

seul le second demeure infranchissable. C'est ainsi que s'écartant à la fois des idées absolues d'aliénabilité et d'inaliénabilité, les tribunaux ont adopté un système mixte qui peut se résumer dans la distinction suivante : *La dot mobilière est inaliénable pour la femme, mais elle est susceptible d'aliénation entre les mains du mari* (1). Les pouvoirs très étendus conférés à ce dernier par l'article 1549 ont paru suffisants à la Cour suprême pour justifier la seconde partie de cette proposition. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ce système.

48. — Quoiqu'il en soit, l'inaliénabilité de la dot mobilière, telle que la comprend la jurisprudence, produit par rapport aux actes de la femme des effets importants. Elle la met dans l'impossibilité de contracter pendant le mariage des engagements exécutoires sur ses biens mobiliers, de compromettre ou de transiger sur ces mêmes biens (2). Elle lui interdit en outre de céder ses reprises ou de recevoir le remboursement de ses créances dotales (3). Elle l'empêche enfin de subroger un tiers dans son hypothèque légale, d'en donner main levée ou d'abandonner son rang de priorité (4).

1. Cassation, 6 décembre 1859. S. 60. I, 644 ; Cassation, 13 janvier 1874, S. 74, I, 160.

2. Aubry et Rau, V. § 537 *bis*, texte et note 14, p. 601. Adde : Paris, 30 juin 1834, Sirey 34, 2, 473. Rennes, 4 mars 1880. Dalloz : 81, 2, 210.

3. Cass., 23 août 1854. S. 55, I. 404. — Cass., 12 janvier 1857. S. 57I. 349.

4. Rouen, 8 février 1842. S. 42, 2, 271. — Cass., 12 mars 1866. S. 66. I. 159. — Caen, 21 juillet 1874. S. 75. 2, 135. — Cass., 3 février 1879, S. 79. I. 353. — Cass., 27 avril 1880. S. 80, I. 160. — Cass., 6 décem-

49. — Ces diverses propositions dans lesquelles se condense et se résume la thèse jurisprudentielle ont été consacrées, comme on le voit, par une longue suite d'arrêts. Et comme il n'y a pas lieu d'espérer de sitôt un revirement sur ce point, il importe d'en tenir compte dans la pratique. Les parties qui veulent s'affranchir des restrictions mises par les tribunaux, sinon par la loi, à la libre disposition de la dot mobilière, devront en conséquence s'expliquer formellement à cet égard dans le contrat de mariage. Est-ce à dire que la capacité de l'épouse soit limitée aux cas littéralement prévus ? Il serait exagéré de le prétendre et pourtant il conviendra de se montrer sévère et de serrer de près les termes du contrat. Les exceptions en cette matière s'étendront difficilement par voie d'analogie. Il sera prudent de s'en tenir à celles qui auront écrites et ne pas induire une faculté non spécifiée d'une autre qui aura été prévue si la première présente plus d'inconvénients pour la femme et ne se trouve comprise dans la seconde comme le moins dans le plus.

Nous ferons l'application de ces principes en examinant successivement différentes espèces qui ont soulevé des difficultés pratiques d'interprétation.

50. — On s'est demandé par exemple si la réserve insérée dans le pacte conjugal d'*aliéner et d'hypothéquer les biens dotaux* suffisait pour permettre à la femme de renoncer à son hypothèque légale ?

La Cour de Lyon a jugé l'affirmative :

bre 1882. S. 84, 1. 27. Grenoble, 16 décembre 1882. S. 84, 2, 65. -- Cass., 3 décembre 1883. D. 84, 1. 334.

« Attendu que le mot biens dotaux employé d'une manière absolue comprend les biens mobiliers et immobiliers; qu'ayant le droit d'aliéner ses biens mobiliers, la future épouse a pu par cela même céder son hypothèque légale qui représente sa dot mobilière (1).

51. — Ce système d'interprétation extensive nous semble peu en harmonie avec la nature du régime dotal. La Cour de Cassation l'a écarté lorsqu'elle a été appelée à se prononcer sur des hypothèses voisines de la nôtre.

Il a été jugé par exemple que la réserve stipulée par une femme dotale d'*échanger, hypothéquer et aliéner ses biens dotaux sans emploi* » n'entraînait pas pour elle le droit de subroger dans ses reprises ou son hypothèque légale un créancier envers lequel elle se serait solidairement obligée (2).

De même l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause autorisant la future épouse à *recevoir, céder, transporter et vendre ses capitaux, rentes, créances et autres valeurs mobilières sans emploi*, est insuffisante, d'après la cour régulatrice, pour lui permettre de se dépouiller des recours que la loi lui accorde contre son mari.

52. — Toutefois ces solutions n'ont pas été sans soulever de vives critiques.

On peut y faire en effet d'assez fortes objections. Les termes très compréhensifs employés par les futurs conjoints dans les deux espèces ci-dessus semblaient bien leur conférer une faculté de disposition absolue sur le mobi-

1. Lyon, 1852. S. 53, I. 730.

2. Req. 4 juin. 1866. S. 66. I. 281.

lier dotal. Sans doute le droit pour la femme de renoncer à son hypothèque légale ou d'y subroger un créancier n'avait pas été prévu d'une façon expresse. Mais il découlait suffisamment des pouvoirs très étendus que la future épouse s'était réservés sur ses biens dotaux. La cession de l'hypothèque n'est autre chose en effet qu'une conséquence naturelle et légale de la cession de la créance. Elle s'attache à cette dernière comme l'accessoire au principal et se produit de plein droit (art. 1692).

Le contrat de mariage n'avait pas à l'autoriser. En permettant le transport des reprises dotales, il permettait par cela même celui des garanties destinées à en assurer la restitution. Toute la difficulté se réduisait dès lors au point de savoir si la femme puisait dans son contrat le droit d'aliéner son action en reprises?

Cela ne paraissait pas douteux dans la seconde espèce où elle avait stipulé le pouvoir de vendre, céder et transporter ses créances. Cette expression très générale ne comportant aucune distinction, s'appliquait évidemment dans la pensée des parties à toutes les créances de la femme, soit contre les tiers, soit même contre son mari. Et l'action en reprises figurait nécessairement au nombre de ces dernières.

Dans la première affaire, la même solution s'imposait logiquement à la Cour suprême. Les contractants s'étaient exprimés, il est vrai, avec moins de détails, se bornant à autoriser la future épouse à hypothéquer et aliéner ses biens dotaux sans emploi. Mais cela aurait dû suffire à la Cour. On sait en effet quel puissant argument elle a pu tirer de ces expressions « biens dotaux », employés par

les articles 1556 et 1557 en faveur de sa thèse de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Ces mots ont pris alors à ses yeux un sens très large, elle les a étendus non-seulement aux immeubles mais aux meubles corporels ou incorporels, aux rentes, aux créances. Pourquoi leur donner ici une acception plus étroite? N'est-il pas arbitraire d'en élargir ou d'en restreindre la portée selon qu'il s'agit de prohiber l'aliénation de la dot ou de la permettre?

On peut invoquer encore en faveur de cette théorie, les articles 1556 et 1558.

« Lorsque la femme dotale, dit M. Paul Pont, se réserve
« d'une manière générale le droit d'aliéner ses biens
« dotaux et de les hypothéquer il y a une dérogation
« formelle, par le contrat de mariage, au principe de
« l'inaliénabilité de la dot. Il doit en être de cette déro-
« gation comme de celle que la loi crée elle-même dans
« certains cas déterminés, par exemple lorsqu'il s'agit
« de l'établissement des enfants, ou de tirer le mari ou
« la femme de prison, de fournir des aliments à la
« famille etc... Or, la Cour de Cassation elle-même décide
« en principe que le pouvoir de donner ses biens dotaux
« avec l'autorisation de son mari, conféré à la femme par
« la loi par exemple pour l'établissement de leurs enfants
« communs, peut s'exercer par tous les moyens directs ou
« indirects de nature à procurer ou à faciliter cet établis-
« sement, et spécialement au moyen de la renonciation
« par la femme à son hypothèque légale pour garantie
« d'une obligation contractée en vue de l'établissement
« des enfants. C'est ainsi en principe que la question doit
« être résolue, lorsque le pouvoir d'aliéner et d'hypo-

« thèque est réservé à la femme par son contrat de mariage et elle doit être résolue dans le sens de la subrogation parce qu'alors aussi il y a dérogation au principe de l'inaliénabilité de la dot, et que cette dérogation générale dans ses termes s'applique à la partie mobilière comme à la partie immobilière de biens dotaux » (1).

Enfin il est une dernière considération qui milite à l'encontre du système adopté par la cour régulatrice. Aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante la dot mobilière inaliénable entre les mains de la femme peut cependant être aliénée par le mari. Il est loisible à ce dernier de poursuivre les débiteurs des créances dotales, d'en toucher le montant et généralement de disposer comme bon lui semble des capitaux mobiliers. On est dès lors en droit de se demander quel va être l'effet de la clause insérée par les futurs époux relativement à l'aliénabilité de ces valeurs. Avec l'interprétation de la Cour suprême il est difficile d'en fournir une explication raisonnable. Dira-t-on que les parties ont voulu subordonner au concours de la femme un pouvoir que la loi accorde au mari seul? Une pareille théorie serait malaisément admissible en présence des termes si explicites de l'article 1549 : « Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les

1. Paul Pont. *Des privilèges et hypothèques*, n° 453. Voy. dans le même sens un article de M. Gérardin, professeur à la Faculté de Paris. — *Revue pratique*, année 1867, p. 97.

fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux... » Il résulte bien de cette formule énergique que ces pouvoirs sont exclusifs du consentement de la femme. On se trouve ici en présence d'un de ces droits personnels au mari qui ne peuvent lui être enlevés par une clause dérogatoire du contrat de mariage (art. 1388). Cependant si on écarte cette interprétation, et il faut le faire, il devient très difficile de traduire la pensée des contractants. De par la loi, le mobilier dotal peut être aliéné par le mari, pour donner un intérêt à la stipulation des parties il faut bien admettre qu'elles ont entendu ajouter quelque chose à cette faculté légale. L'inaliénabilité de la dot mobilière se résumant pour la femme dans l'impossibilité où elle se trouve de renoncer à son hypothèque légale, n'est-il pas naturel de penser qu'en se réservant la faculté d'aliéner ses biens dotaux elle a précisément voulu se soustraire à cette prohibition qui enchaîne sa liberté et pèse lourdement sur le crédit du mari?

Autrement traduite cette partie du contrat ne ferait que formuler un droit de disposition déjà existant; elle constituerait une inutilité et un non-sens.

53. — Malgré ces objections très graves, il faut le reconnaître, le système d'interprétation restrictive, admis en cette circonstance par la Cour suprême, nous paraît bien fondé. Nous retrouvons pour le justifier les mêmes motifs que précédemment. Le vœu dominant du législateur dans le régime dotal a été de conserver intact une partie du patrimoine de la famille, de le soustraire aux dilapidations du mari. Pour cela, il ne lui a pas suffi de rendre inaliénables les biens constitués en dot, il a frappé

d'indisponibilité entre les mains de l'épouse la créance qui lui en assure le recouvrement. A ces principes conservateurs, les parties restent libres sans doute d'apporter des modifications et des adoucissements, mais ces clauses dérogoires aux conséquences naturelles de la dotalité doivent être entendues dans un sens d'autant plus strict qu'elles en altèrent plus profondément le véritable caractère et sont de nature à rendre plus incertaine la restitution des deniers dotaux.

Les contractants en adoptant le régime dotal ont-ils voulu le défigurer, le déformer dans ses règles les plus essentielles et sous le couvert de la dotalité, admettre une sorte de régime hybride assez analogue à la séparation de biens? Rien ne les empêchait de le faire. On conçoit néanmoins qu'une intention aussi étrange ne se présume pas facilement et qu'il ne suffise pas pour l'induire d'une clause plus ou moins ambiguë. Il est nécessaire que les parties aient donné à leur pensée une forme claire, précise ; celle dont elles s'étaient servies dans les deux espèces précitées, l'était-elle suffisamment? Nous ne le pensons pas.

Dans la seconde affaire, la femme avait stipulé par contrat le pouvoir d'aliéner ses capitaux mobiliers et de transporter ses créances avec dispense de remploi. On en conclut que cette réserve lui permettait de céder ses reprises et de renoncer à son hypothèque légale. Cela est exagéré. Donner une pareille extension à la stipulation des parties sera souvent ajouter à leur volonté. En accordant à l'épouse la libre disposition de ses valeurs mobilières, elles n'ont eu en vue vraisemblablement que

les créances ordinaires et nullement l'action en reprises. Ce qui paraît bien montrer que telle a été leur intention, c'est qu'elles ont pris soin d'ajouter que cette aliénation pourrait se faire sans emploi. Cette dispense de emploi ne se comprendrait pas et n'aurait aucune raison d'être s'il s'agissait pour la femme de renoncer à son hypothèque légale ou à son action en reprises. Du reste, ce sont là des actes bien plus graves qu'une simple cession ou un transport ordinaires : loin de donner à l'épouse ouverture à un recours contre son mari, ils la dépouillent de celui que la loi lui accordait et l'exposent à perdre sa dot. On ne saurait les autoriser par voie d'analogie.

Les partisans du premier système invoquent les termes explicites dans lesquels a été rédigée la clause relative à l'inaliénabilité du mobilier dotal.

Cette clause nous paraît, au contraire, favorable à notre opinion. Elle est muette sur la prétendue faculté accordée à la femme de renoncer à son hypothèque légale ou de céder son action en reprises. Et ce silence est d'autant plus significatif que les contractants semblent n'avoir rien voulu laisser à l'imprévu et ont énuméré avec détails tous les pouvoirs accordés à l'épouse sur sa dot mobilière. Qu'on relise cette partie du contrat de mariage : « La future épouse se réserve la faculté de recevoir, céder, transporter et vendre ses capitaux, rentes, créances et autres valeurs mobilières... » Si cette clause a un défaut ce n'est certes pas celui d'être laconique. Comment supposer que le rédacteur du contrat qui n'a pas craint de multiplier les synonymes et d'employer plusieurs mots pour désigner une même faculté, ait pu

passer sous silence un droit aussi exorbitant que celui qui permettrait à la femme de se dépouiller de ses reprises et de son action en garantie?

L'argument tiré des articles 1555 et 1556 dont on s'est servi pour combattre la solution donnée par la jurisprudence dans la première affaire ne nous paraît pas non plus péremptoire. Il consiste à dire que le droit d'aliéner les biens dotaux conféré à la femme par les articles 1555, 1556, 1558, entraînant pour elle la faculté de renoncer aux recours qui lui appartiennent pour le recouvrement de sa dot mobilière, il doit en être de même lorsqu'elle puise ce pouvoir d'aliénation non plus dans la loi mais dans son contrat de mariage. Cela est contestable. Il n'est nullement démontré que le droit d'aliéner les biens dotaux accordé à la femme par les articles précités lui permette de céder ses reprises ou de subroger un tiers dans son hypothèque (1). D'ailleurs cela fût-il certain, l'argument qu'on en pourrait tirer n'est pas aussi décisif qu'il le paraît. Dans un cas, en effet, il s'agit de traduire la pensée du législateur, dans l'autre celle des parties. Si la loi a employé les expressions « donner les biens dotaux », « aliéner l'immeuble dotal » dans un sens large, cela empêchait-il les futurs époux de les prendre dans un sens restreint? La Cour suprême a donc pu, sans se contredire, donner aux mêmes mots une double signification puisqu'il s'agissait d'interpréter deux volontés différentes. Nous dirons plus, elle a eu de bonnes rai-

1. Colmet de Santerre, VI. N° 228 *bis*. Poitiers, 17 juillet 1838, S. 39, 2, 233. Amiens, 1^{er} août 1840, S. 42, 2, 431. Pau, 16 avril 1855, S. 57, 2, 657.

sons pour le faire. Lorsque la dot est employée à l'établissement des enfants, ou à fournir des aliments à la famille, elle suit sa destination naturelle et il est permis d'interpréter d'une façon extensive l'exception légale qui en autorise l'aliénation. Mais il ne doit plus en être ainsi dans l'hypothèse de l'article 1557 où chaque dérogation au principe de l'inaliénabilité tend à diminuer ou même à détruire les garanties du régime dotal.

Les adversaires du système suivi par la jurisprudence se sont un peu trop préoccupés, nous semble-t-il, de traduire la clause du contrat de mariage incriminé comme s'il s'agissait d'interpréter un texte législatif. C'est là une tendance dangereuse. Le législateur s'exprime ordinairement avec précision ; au contraire les redondances et les superfluités ne sont pas rares dans les formules notariales. Il est d'autant plus important de ne pas suppléer à leur silence.

Enfin on a fait un dernier reproche à la doctrine de la cour régulatrice. Elle rend inutile la clause du contrat de mariage relative à l'aliénation de la dot mobilière, puisque la cour elle-même admet que le mobilier dotal peut être aliéné par le mari. La loi lui accordant ce pouvoir, il faut donc admettre que les parties ont voulu se borner à insérer dans leur contrat une clause superflue. Quand cela serait, il n'y aurait pas à s'en étonner outre mesure. Assez souvent les notaires reproduisent dans les conventions matrimoniales des dispositions du droit commun. Et on ne saurait toujours les en blâmer. Les futurs époux ne sont pas en général des

jurisconsultes, ils iront plus volontiers se renseigner dans leur contrat de mariage que dans le Code pour connaître l'économie du régime qu'ils ont choisi. D'ailleurs il est excessif de prétendre que la clause autorisant l'aliénation du mobilier dotal soit dépourvue de toute utilité. La jurisprudence qui permet aujourd'hui au mari d'aliéner la dot mobilière n'a pas la fixité d'un texte de loi, elle peut changer ; les parties ont peut-être songé à se mettre à l'abri de ses fluctuations et de ses revirements possibles. Peut-être aussi ont-elles eu en vue l'hypothèse d'une séparation de biens. Dans ce cas-là, les meubles dotaux ne peuvent plus être aliénés par le mari et restent frappés d'une indisponibilité complète. Il était utile de déroger à cette règle parfois gênante par une convention expresse.

54. — Par application des mêmes principes il y a lieu de décider que la réserve faite par une femme mariée sous le régime dotal « *d'échanger, liciter, transporter, vendre et aliéner tout ou partie de ses biens meubles et immeubles dotaux, avec condition de remploi seulement quant au prix des immeubles aliénés* » est insuffisante pour lui conférer le droit de céder ses reprises dotales, ou de subroger un tiers dans son hypothèque légale (1).

55. — De même encore, si le contrat de mariage l'autorise seulement à *donner main-levée de son hypothèque légale en faveur des tiers qui traiteront avec son mari*, elle ne pourra pas user de cette faculté au profit de ses

1. Rouen, 17 novembre 1868, et Cassation, arrêt confirmatif, 17 décembre 1866, Sir. 1867, I, 115.

créanciers personnels. Cela est conforme aux principes d'interprétation restrictive qui sont de règle en cette matière. La future épouse a voulu par l'insertion de cette clause fortifier le crédit de son conjoint, elle n'a pas entendu, ce qui est tout différent, se ménager des facilités pour se procurer des ressources en cédant son rang privilégié aux tiers qui contracteraient avec elle. Peu importe qu'en fait les deniers empruntés aient tourné au profit du mari. Peu importe même qu'il soit intervenu dans l'acte de prêt pour y donner son autorisation. Il ne s'est pas obligé personnellement en le faisant et le prêteur n'est pas devenu son créancier. Cela suffit pour qu'il soit impossible à la femme de le faire bénéficier d'une subrogation dans son recours hypothécaire. Pour donner une solution contraire il faudrait sortir des limites de l'exception autorisée par le contrat de mariage.

56. — Mais c'est une question plus délicate de savoir si la faculté stipulée par la future épouse de donner mainlevée de son hypothèque légale au profit d'un créancier quelconque comporte le droit de consentir à ce même créancier le transport de sa créance de reprises dotales?

La main levée de l'hypothèque, peut-on dire dans le sens de l'affirmative, n'est qu'une manière d'exécuter un autre acte juridique précédemment intervenu entre les parties. Elle suppose soit une cession d'antériorité, soit une renonciation de l'hypothèque au profit d'un créancier ou d'un acquéreur, soit encore un abandon des reprises dotales. Les contractants en l'autorisant d'une façon générale ont permis par cela même ces diverses conventions dont elle

est une conséquence nécessaire. Il serait d'autant plus arbitraire de vouloir distinguer entre elles et prétendre en éliminer quelqu'une, qu'elles aboutissent en définitive au même résultat : substituer le créancier à la femme sur les immeubles qui servent de garantie à ses reprises dotales et par suite le subroger dans ces reprises elles-mêmes. Ces dénominations multiples de cession d'antériorité, renonciation ou cession d'hypothèque, cession de reprises désignent sous des formes diverses une même opération. Ce sont des actes équivalents, il suffit que le contrat de mariage en autorise un pour que tous soient permis.

57. — Ces raisons ne sont nullement décisives. S'il est possible à la rigueur de mettre sur le même pied la renonciation, la cession d'hypothèque et la cession de priorité confusément désignées dans la pratique sous le terme générique de subrogation, il importe au moins de ne pas les identifier avec le transport des créances dotales. La subrogation dans l'hypothèque de la femme et la cession de ses reprises sont deux actes distincts, qui obéissent à des règles différentes et dont l'un ne commande pas l'autre. Il convient de les mettre à part.

Nous considérons en effet comme acquise cette proposition que l'hypothèque peut être transférée isolément, abstraction faite de la créance (1).

1. Cette doctrine suivie dans notre ancien droit trouve un point d'appui très résistant dans l'article 1278. En vain objecterait-on que l'hypothèque n'est qu'un accessoire et suppose nécessairement une créance. Cela est vrai, mais il n'en résulte pas

Il devient dès lors très intéressant de savoir si la cession porte sur la créance ou simplement sur le droit hypothécaire. Les effets dans l'un ou l'autre cas seront tout différents pour le cédant et pour le cessionnaire.

La femme a-t-elle consenti un transport de ses reprises dotales, il faudra appliquer les règles de la cession de créances (art. 1690 et suiv.). Du jour de l'acceptation ou de la signification du transfert le cessionnaire acquiert un droit définitif, irrévocable à l'abri de toutes les causes d'extinction provenant du chef de la cédante. Il sera colloqué au lieu et place de cette dernière pour le montant des reprises qui lui ont été transférées et dont les causes existaient au moment du transport. En effet ce n'est pas seulement l'hypothèque mais la créance qui est sortie du patrimoine de la femme. Il ne lui est plus permis d'en disposer soit directement soit indirectement, en acceptant par exemple un remploi ou une dation en paiement (art. 1435 et 1595, 2^o et 3^o). D'une façon générale le mari ne peut plus opposer au cessionnaire aucune des exceptions : confusion, compensation, remise de dettes, etc., survenues postérieurement à la signification ou à l'acceptation et qu'il eût pu opposer à la femme.

Au contraire, l'acte juridique intervenu entre les parties qu'elle ne puisse être séparée de cette créance et rattachée à une autre. L'opinion contraire, particulièrement en ce qui concerne la femme mariée, paraît bien difficile à soutenir en présence des termes si clairs de la loi du 23 mars 1855 : « Dans les cas où les femmes peuvent *céder* leur hypothèque légale ou y renoncer. » Ces expressions, à notre avis, autorisent d'une façon formelle la cession de l'hypothèque légale détachée de la créance.

ties est-il une simple cession d'hypothèque légale, la situation est tout autre. Le cessionnaire n'acquiert qu'un droit éventuel, très précaire, subordonné à l'existence de la créance et qui s'évanouira si cette créance elle-même vient à disparaître.

Pour nous servir d'une comparaison empruntée à l'un des maîtres qui ont le mieux éclairé cette matière, la situation du subrogé dans l'hypothèque légale de la femme présente une certaine analogie avec celle du tiers qui a acquis un droit d'usufruit : « Le cessionnaire
« alors devient bien titulaire du droit cédé, mais ce droit,
« *personæ inherens* », ne peut avoir chez le cession-
« naire un autre caractère ni d'autres conditions de durée
« et d'existence que chez le cédant; de même, le cession-
« naire de l'hypothèque devient bien titulaire du droit
« cédé, mais ce droit, « *nomini inherens* », demeure
« subordonné à l'existence ultérieure de la créance. Sans
« cela la position du débiteur comme celle du proprié-
« taire seraient modifiées à leur préjudice et sans leur
« assentiment, ce qui est inadmissible (1). »

On le voit, il est très important pour le créancier de savoir si la cession porte sur l'action en reprises ou seulement sur le recours hypothécaire. Dans la première hypothèse il a une certitude, dans la seconde il n'acquiert qu'une espérance.

Cela n'est pas moins intéressant pour la femme. S'ils sont plus avantageux pour le créancier les effets du trans-

1. Beudant. *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*. *Revue critique*, 1866. Tome 28, p. 228.

port des reprises dotales seront plus nuisibles pour elle que ceux d'une simple cession d'hypothèque. En cédant ses reprises l'épouse perd sa créance, en cédant son hypothèque elle ne perd que sa garantie. Dans un cas elle se dépouille de ses droits en tout ou en partie; dans l'autre elle épuise seulement le bénéfice de son recours hypothécaire dans la mesure où le cessionnaire en aura usé. On ne saurait donc raisonnablement faire découler le premier de ces droits du second par voie d'analogie. Le plus souvent d'ailleurs le contrat de mariage contiendra une clause suffisamment claire à cet égard pour ne laisser aucun doute sur la véritable intention des parties. La future épouse, par exemple, se sera réservée la faculté de consentir au profit d'un créancier quelconque une subrogation « dans ses droits, reprises, créances et autres avantages matrimoniaux » selon la formule généralement consacrée. Mais que décider si comme dans notre espèce elle s'est bornée à stipuler le pouvoir de « *donner main-levée en faveur des tiers qui traiteraient avec elle ou avec son mari, de l'hypothèque légale existant à son profit à raison de sa dot sur tous les biens de son dit mari.* » Cet acte équivalait-il dans la pensée des contractants à un transfert de reprises ou à une simple cession de la garantie hypothécaire détachée de la créance? C'est évidemment à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. Le contrat de mariage ne parle pas du droit de céder les reprises dotales, il autorise la femme à donner main-levée de son hypothèque. Les futurs époux ont vraisemblablement employé cette expression « donner main-levée de son hypothèque légale » comme synonyme

de cette autre « céder son hypothèque légale ». Or, la cession de l'hypothèque, nous venons de le voir, n'implique nullement celle de la créance. Ce sont là des actes différents par leur nature et par leurs effets qu'il faut se garder de confondre (1).

58. — En sens inverse le droit pour la femme de donner main-levée de son hypothèque légale emporte, nous semble-t-il, la faculté de céder son rang de priorité à un créancier du mari. La cession d'antériorité présente en effet moins d'inconvénients pour elle qu'une renonciation pure et simple à son hypothèque, puisque l'une lui fait perdre simplement son rang, tandis que l'autre la dépouille de sa garantie.

1. En ce sens, Cassation, 18 novembre 1889, S 89. I. 153.

CHAPITRE IV

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'ALIÉNATION.

SOMMAIRE.

Le contrat de mariage fait ici la loi des parties, n° 59.

§ 1. — Cas où il se borne à autoriser l'aliénation du fonds dotal, n°s 60 à 63.

§ 2. — Cas où il confère au mari le pouvoir d'aliéner seul n°s 64 à 66.

§ 3. — Cas où il donne ce pouvoir à la femme dûment assistée (1), n°s 67 à 69.

59. — L'aliénation des biens dotaux ayant été exceptionnellement permise toutes les conditions auxquelles elle a été subordonnée devront être rigoureusement remplies sous peine de retomber dans la règle, c'est-à-dire l'inaliénabilité.

Ici encore, le contrat de mariage forme la loi des parties, c'est à lui qu'il faudra se référer pour connaître les droits et les obligations qui leur incombent. La clause d'inaliénabilité nous venons de le voir est susceptible de revêtir des formes variées suivant les circonstances. Elle peut être plus ou moins large, plus ou moins élastique, s'étendre à la dot mobilière comme aux immeubles, se restreindre au contraire à certains objets limitativement déterminés. Il peut être également convenu que les deniers à provenir

1. Voir la table détaillée des matières, page 381.

des ventes, échanges ou partages resteront à la disposition du mari ou recevront une destination spéciale prescrite par le contrat. L'aliénation en d'autres termes se fera avec ou sans emploi.

Dans tous les cas, il y a lieu de se demander quelles personnes sont capables de la consentir. Cette question ne comporte pas de réponse absolue. Trois hypothèses doivent être distinguées :

1° Le contrat de mariage se borne à autoriser l'aliénation sans autre explication ;

2° Il confère au mari le pouvoir d'aliéner seul ;

3° Il donne ce pouvoir à la femme assistée de son mari.

§ 1. — *Le contrat autorise simplement l'aliénation.*

60. — Dans ce cas, en l'absence de conventions particulières, il faudra appliquer le droit commun. Or, d'après le droit commun le propriétaire ou son mandataire peuvent seuls aliéner ; le concours de la femme sera donc ici nécessaire puisqu'à la différence de ce qui avait lieu en droit romain, c'est elle qui a la propriété des biens dotaux.

61. — L'application de cette règle ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne les immeubles, mais on peut se demander s'il convient également de l'étendre à la dot mobilière. On n'aperçoit pas au premier abord la raison d'en douter et cette extension paraît conforme aux principes. Nous l'avons dit, pour pouvoir aliéner il faut être propriétaire ou tout au moins avoir reçu un mandat du propriétaire.

Or, le mari n'est ni propriétaire de la dot, ni mandataire de la femme. Il n'est pas propriétaire de la dot, cela est évident (Arg. art. 1549, 1551, 1552, 1564 à 1566). Il n'est pas non plus mandataire de la femme pour aliéner. Il ne pourrait être en effet que mandataire légal ou conventionnel ; pour qu'il fût mandataire légal, il faudrait un texte, et pour qu'il fût mandataire conventionnel, il faudrait une convention. Nous n'avons ici, ni texte, ni convention. Sans doute le mari représente l'épouse pour tous les actes concernant la gestion de son patrimoine, et à ce point de vue il peut être considéré comme son mandataire. Mais ce mandat général n'emporte pas le droit d'aliéner (art. 1988). Le mari représente la femme quand il administre, il ne la représente plus quand il aliène. Cela ressort avec évidence des articles 1989 et 1998, qui n'ont fait que reproduire sur ce point la doctrine de Pothier : « Ce n'est que dans le cas auquel le
« mandataire se renferme dans les bornes du mandat, que
« le mandant peut être censé contracter par le ministère du
« mandataire avec ceux avec lesquels le mandataire con-
« tracte » (1) : Le mari se trouve donc, nous semble-t-il, dans l'impossibilité d'aliéner la dot mobilière ; ce droit appartient à la femme autorisée comme de droit.

62. — La jurisprudence est cependant unanime à se prononcer en sens contraire (2).

1. Pothier. *Contrat de mandat*, n° 90.

2. Cass., 12 août 1846, S. 46, 1, 602. Bordeaux, 26 mai 1849, S. 50, 2, 97. Bordeaux, 18 février 1850, S. 50, 2, 339. Cass., 26 août 1851, S. 51, 1, 805. Cass., 1^{re} décembre 1851, S. 51, 1, 805. Cass., 6 décembre 1859, S. 60, 1, 644.

Voici les raisons qu'elle invoque à l'appui de son système. Si le mari n'a plus la propriété de la dot, il en a au moins l'administration, et ses pouvoirs en qualité d'administrateur sont très étendus. Il a seul le droit de poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux, d'en percevoir les fruits et les intérêts, de toucher le remboursement des capitaux (art. 1549). Or, s'il lui est permis de recevoir le paiement des créances dotales, pourquoi ne pourrait-il pas les céder ? N'est-ce pas un moyen aussi sûr et plus rapide d'en percevoir le montant ? Et s'il est capable de céder les créances, ce qui comprend les autres valeurs incorporelles, rentes, actions, obligations, car la loi ne distingue pas, qui l'empêche d'aliéner aussi les meubles corporels qui forment la partie la moins précieuse du patrimoine dotal ?

63. — Cette doctrine repose, nous semble-t-il, sur une confusion d'idées. Le mari, dit-on, peut recevoir le paiement des créances dotales, il doit pouvoir aussi les céder par voie de transport. Mais ce sont là deux choses absolument différentes : recevoir le paiement d'une créance est l'acte d'un administrateur, en consentir la cession l'acte d'un propriétaire, et le mari n'est pas propriétaire des biens dotaux, la femme seule a cette qualité.

Si les pouvoirs qui sont conférés au mari par l'article 1549 dépassent ceux d'un administrateur ordinaire, c'est une raison de plus pour ne pas les étendre en dehors des cas prévus. On lui permet de toucher les créances, on ne l'autorise pas à en disposer par voie de cession ou de transfert.

Nous n'invoquerons à l'appui de cette manière de voir,

comme on l'a fait quelquefois (1), l'exemple du tuteur qui tout en ayant le droit de percevoir le montant des créances de son pupille ne peut cependant les aliéner. En effet, si le tuteur se trouve dans l'impossibilité de consentir cette aliénation, c'est parce qu'un texte le lui défend (2). Mais avant la loi du 27 février 1880, c'était une question fort discutée que celle de savoir s'il n'avait pas cette faculté. L'objection n'est donc pas concluante et on pourrait même la retourner contre son auteur. Le tuteur comme le mari n'est qu'un administrateur. S'il a fallu un texte pour défendre au premier d'aliéner les valeurs mobilières dont il avait la gestion, les pouvoirs du second doivent rester entiers à cet égard puisque aucune loi n'est venue les restreindre.

Mais si ce premier argument doit être écarté, le système suivi par la Cour suprême en ce qui concerne les droits du mari dotal sur les valeurs mobilières de la femme semble bien difficile à concilier avec la doctrine qu'elle a plusieurs fois consacrée relativement aux droits du mari commun en biens sur ces mêmes valeurs. Si le pouvoir de toucher une créance emporte celui d'en disposer en la cédant, il n'y a pas de bonnes raisons pour refuser ce droit à l'un quand on l'accorde à l'autre. Tous deux n'exercent-ils pas les actions mobilières de la femme, soit au possessoire, soit au pétitoire?

La Cour régulatrice cependant tout en reconnaissant au mari le droit de toucher les créances qui appartiennent

1. Baudry Lacantinerie. *Précis de droit civil*, tome III, n° 376.

2. Loi du 27 février 1880. Article 1^{er}.

nent en propre à la femme sous le régime de communauté, a bien su trouver d'excellents motifs pour lui défendre d'en disposer par voie de cession ou de transfert. Le pouvoir d'administrer les biens propres de l'épouse, dit un arrêt de la Chambre des requêtes, est exclusif de celui de les aliéner :

« Attendu que si le mari peut exercer seul les actions mobilières de sa femme, toucher ses capitaux ou autres choses fongibles et en disposer à la charge d'en compter à la dissolution de la communauté, il ne s'ensuit pas qu'il puisse aliéner les valeurs mobilières telles qu'un titre de créance qui ne se consomme point par l'usage, qui peut être représenté en nature et auquel une clause expresse a imprimé le caractère de propre; que s'il en était ainsi, il arriverait souvent que par suite des désordres des affaires du mari la femme se trouverait dépouillée d'un bien qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte (1) ».

Pourquoi la Cour a-t-elle cru devoir restreindre l'application de ces principes à la communauté de biens? Les dangers qu'elle prévoit pour l'épouse dans l'omnipotence maritale, sont-ils donc moins réels ou moins pressants sous le régime dotal? N'y a-t-il pas lieu de craindre dans un cas comme dans l'autre que le mari ne compromette la dot en aliénant les valeurs mobilières à des conditions onéreuses et en dissipant le prix? Et n'est-il pas étrange de voir la femme dotale moins bien protégée que la femme

1. Requête, 5 novembre, 1860. S. 61. I. 49. — Cet arrêt n'est pas isolé. Voy. encore. Cass., 2 juillet 1840, S. 40. I. 887. — Paris, 3 janvier 1852, S. 52. I. 133. — Cass. 17 déc. 1872. D. 75. I. 154.

commune en biens par cela même qu'elle a voulu se ménager plus de garanties? C'est pourtant à ce singulier résultat qu'aboutit le système suivi par la jurisprudence. Sous le régime de communauté, l'épouse si elle est douée d'une certaine énergie se refusera aux aliénations qui ne lui paraîtront pas commandées par les circonstances. Sous le régime dotal, au contraire, les pouvoirs du mari sur les meubles dotaux resteront sans contrôle, sans restrictions. Ses actes seront à l'abri de toute critique à moins qu'ils ne soient empreints d'un caractère dolosif et que les tiers eux-mêmes ne se soient rendus complices de la fraude (1).

La femme dit-on, aura à la dissolution du mariage une action pour reprendre la valeur de sa dot aliénée. Cette action munie d'une hypothèque légale à laquelle elle ne peut renoncer, la protège suffisamment contre les abus d'autorité et la gestion inintelligente du mari. Peut-être, s'il possède des immeubles en quantité suffisante, mais s'il est insolvable?

Nous avons peine à croire que le législateur qui accorde à l'épouse dotale tant de privilèges, ait pu la laisser ainsi exposée à subir les risques de cette insolvabilité. On comprend aisément qu'après avoir consacré le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la jurisprudence ait été entraînée à exagérer les droits du mari. Il fallait bien que quelqu'un puisse aliéner les valeurs dotales sous peine de les laisser périr. On peut

1. Cassation, 26 mars 1855. D. 55. I. 320.

se demander, si la Cour n'a pas excédé la limite de ses attributions en donnant ce droit au mari.

Pour notre part, il nous paraît plus conforme aux principes de reconnaître qu'en l'absence de stipulation contraire, la femme dûment assistée peut seule disposer de son mobilier dotal, ce qui lui permettra de faire révoquer les aliénations de ce mobilier irrégulièrement consenties par le mari.

Toutefois à cette règle nous mettrons une double restriction : la première pour les meubles dont on ne peut faire usage sans les consommer ou dont l'estimation a été faite par le contrat de mariage, le mari en est devenu propriétaire et n'en doit que la valeur ; la seconde pour les meubles corporels vendus et livrés lorsque l'acquéreur peut arrêter la revendication de la femme par l'exception : « en fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279).

2° Le contrat de mariage confère au mari le pouvoir d'aliéner seul les biens dotaux.

64. — Cette clause est d'un usage assez fréquent dans certaines provinces du midi. Le mari agit alors comme mandataire de la femme. Mais il lui faut un mandat exprès. Il ne suffirait pas qu'il ait reçu de cette dernière une procuration générale lui confiant la gestion de son patrimoine ; un pareil mandat ne comporte que les actes d'administration et non ceux de disposition (art. 1988).

Il a été jugé par application de ces principes que la clause d'un contrat de mariage par laquelle la future

épouse avait constitué son mari pour « mandataire général, spécial et irrévocable à charge qu'au fur et à mesure des recettes ce dernier hypothéquerait le tout sur ses biens présents et à venir » constituait un mandat général n'emportant pas le pouvoir d'aliéner (1).

65. — Quant aux droits et aux obligations du mari, ils seront en principe ceux d'un mandataire ordinaire. Il devra se conduire en administrateur diligent, se renfermer dans les limites des pouvoirs qui lui ont été tracés. Si le contrat de mariage fixe un minimum pour le prix de vente, il ne pourra vendre pour une somme inférieure ou du moins imposer à la femme la vente faite dans ces conditions. Mais il est permis de se demander si celle-ci serait encore recevable à se pourvoir en nullité au cas où on lui offrirait le paiement de la différence entre le prix stipulé dans l'acte de vente et celui qui a été fixé par le contrat de mariage. Le contrat de mariage a autorisé par hypothèse le mari à vendre tel immeuble 20,000 francs, il le vend 15,000. La nullité de la vente peut-être demandée. Quelques années plus tard l'immeuble a pris une plus value de 10,000 francs par suite de l'ouverture d'une voie nouvelle par exemple. La femme aurait grand intérêt à demander la nullité de l'aliénation et à reprendre son bien. Le pourra-t-elle ? Le tiers acquéreur ne sera-t-il pas en droit de l'en empêcher en lui remboursant 5000 francs ?

Une difficulté analogue se pose à propos du mandat. Le

1. Cassation, 12 août 1839. — Guillouard, IV, n° 1952. — Troplong, IV, n° 3417. — Aubry et Rau, V, §. 537, p. 557.

mandataire qui a acheté un prix supérieur à celui que le mandant lui avait fixé peut-il forcer ce dernier à accepter l'achat en lui tenant compte de la différence ? L'opinion qui tend à prévaloir en doctrine et en jurisprudence lui accorde ce droit (1). Ce prix, il est vrai, peut être inférieur à la valeur actuelle du bien vendu. Mais l'épouse se trouve en définitive placée dans la même situation que si le mari n'avait pas excédé les limites de son mandat. De quoi se plaindrait-elle puisqu'on lui offre de prendre l'opération aux conditions qui ont été déterminées par elle ?

66. — Si le pacte matrimonial ne contient aucune indication à cet égard, le mari reste libre de vendre l'immeuble au prix qu'il jugera convenable. La femme n'aura aucun recours à exercer contre lui ni contre le tiers acquéreur quand bien même l'aliénation aurait été consentie à des conditions désavantageuses. Comme le dit très bien un arrêt de la Cour de Caen « le pouvoir de
« vendre emporte celui de régler le prix de vente et la
« fixation du prix qui est faite par le mari doit être irrè-
« vocablement admise pourvu toutefois qu'il n'y ait ni
« fraude ni vilité de prix de nature à faire suspecter la
« loyauté du contrat » (2). La maxime « *fraus omnia corrumpit* » ne permet pas en effet de maintenir au profit des tiers un acte entaché de manœuvres dolosives et la femme pourra en demander la nullité ou obtenir un sup-

1. Voyez en sens contraire : Boistel. *Droit commercial*, n° 525.
— P. Pont, *Petits contrats* n° 982. — Bravard et Demangeat, 2, page 261 et suivantes.

2. Caen, 27 mai 1840. D. 1840. I. 207.

plément du juste prix. Il en sera de même encore s'il existe à son préjudice une lésion de plus des 7/12. Elle aura alors l'action en rescision pour cause de lésion. Toutefois il sera nécessaire que dans cette hypothèse sa demande soit formée dans le courant des deux années qui suivront le jour de la vente. Ce délai expiré le tiers acquéreur pourrait lui opposer la prescription qui suit ici son cours ordinaire puisqu'il s'agit d'immeubles déclarés aliénables par contrat de mariage.

3° Le contrat de mariage autorise la femme à aliéner les biens dotaux sous la seule autorisation de son mari.

67. — C'est le cas qui se présentera le plus ordinairement.

Malgré l'insertion de cette clause, le droit d'aliéner les meubles dotaux appartiendra-t-il à l'épouse? La négative nous paraît une conséquence logique du système suivi par la jurisprudence. Si, comme le prétend la Cour suprême, le mari puise dans sa qualité d'administrateur le pouvoir d'aliéner seul les valeurs mobilières ce pouvoir doit rester absolu et ne comporte aucune restriction en présence des termes si énergiques de l'article 1549. Si l'on admet au contraire comme nous l'avons fait, que le consentement de la femme soit nécessaire à l'aliénation des meubles aussi bien que des immeubles constitués en dot, dans le silence même du contrat de mariage, à plus

forte raison doit-on donner la même solution s'il contient sur ce point une disposition expresse.

Quant à l'autorisation maritale, elle sera indispensable en règle générale; la femme non commune ou séparée de biens ne pouvant aliéner sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit (art. 217).

68. — On peut se demander toutefois s'il convient de maintenir cette solution dans le cas où une séparation de corps serait intervenue au cours du mariage. Cette séparation tout en ne portant aucune atteinte au principe de l'inaliénabilité de la dot, rend à la femme le plein exercice de sa capacité pour tous les actes de la vie civile. Aura-t-elle pour effet de lui permettre d'aliéner seule ceux de ses immeubles dotaux stipulés aliénables? L'affirmative paraît certaine si le contrat de mariage se borne à autoriser l'aliénation de ces immeubles sans autre explication.

Les parties ont entendu dans ce cas là se référer au droit commun et le droit commun est que la femme séparée de corps reprend le plein exercice de ses droits et peut par suite aliéner sans l'assistance de son mari. Mais la question sera plus délicate si elles se sont servies de cette formule ordinairement employée « nonobstant l'adoption du régime dotal la future épouse pourra toujours *avec la seule autorisation de son mari* et sans être tenue de remplir aucune formalité judiciaire vendre, échanger, partager, etc... ses biens dotaux ». Cette autorisation du mari va-t-elle encore rester nécessaire depuis la loi nouvelle du 6 février 1893?

On pourrait le soutenir en argumentant de la façon

suivante. L'inaliénabilité est de règle sous le régime dotal. Si la vente ou l'échange de certains biens ont été permis exceptionnellement, il est nécessaire que les conditions auxquelles ces ventes ou ces échanges ont été soumis soient rigoureusement observées, sans quoi les principes de la dotalité reprennent toute leur force. Or, les contractants dans notre espèce ont fait du consentement marital une condition de l'aliénabilité des biens dotaux, si cette condition vient à défaillir on retombe dans la règle c'est-à-dire l'inaliénabilité.

La femme sous le régime dotal est en effet doublement incapable : 1^o comme femme mariée; 2^o comme femme dotale. La loi nouvelle a eu pour résultat de faire disparaître la première de ces incapacités : elle n'a pas supprimé la seconde. L'autorisation du mari ne sera plus nécessaire pour relever l'épouse de son incapacité de femme mariée, mais elle devra être obtenue pour la relever de son incapacité de femme dotale, parce qu'elle est une condition mise à l'aliénabilité de la dot.

Cette thèse sur laquelle la jurisprudence n'a pas encore été appelée à se prononcer a été exposée d'une façon ingénieuse bien qu'un peu subtile dans une étude publiée par la *Revue du Notariat* (1). « Les biens dotaux, dit l'auteur de ce travail étant exceptionnellement aliénables » dans les cas prévus par les articles 1555 à 1559 du « Code civil et les formalités prescrites en pareil cas » devant obligatoirement être observées, il pourra arriver

1. *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, année 1893, n^o 8915, p. 338.

« que la femme séparée de corps ait encore aujourd'hui
« besoin de l'autorisation du mari ou de justice sans
« que cette nécessité entraîne aucune contradiction
« avec le nouvel article 311.

« En effet, ce n'est pas à proprement parler une *auto-*
« *risation* que donnera en pareil cas le mari. Il ne sera
« pas appelé à fournir à sa femme le concours de son
« autorité pour l'habilitier à contracter. C'est en réalité
« un consentement qui lui sera demandé (ou qui sera
« suppléé par la justice) parce qu'il est partie au contrat
« qui a établi l'indisponibilité de la dot et que ce contrat
« ne peut être mis en question qu'avec son concours,
« ou, à son défaut celui de la justice.

« Sans doute, quand la femme était encore en puis-
« sance de mari, le concours de celui-ci à l'aliénation
« du bien dotal, dans les cas où elle est permise,
« comportait un double caractère, celui d'autorisation et
« celui de consentement, et comme ils ne cessaient
« jamais d'être tous les deux nécessaires, on ne prenait
« pas le soin de les distinguer. Aujourd'hui quand la
« femme a recouvré sa capacité civile l'autorisation n'a
« plus de raison d'être, mais la nécessité du consen-
« tement marital demeure sous ce nom impropre d'au-
« torisation et se justifie pleinement. Aussi la loi nou-
« velle, ni dans son texte, ni dans son esprit, n'en
« dispense aucunement la femme ».

69. — Nous pensons qu'il faut écarter cette interpréta-
tion au cas où l'aliénation de la dot a été permise par
une disposition spéciale du contrat. Si elle respecte la
lettre du pacte matrimonial, elle nous paraît en désaccord

avec la volonté des contractants. La formule par laquelle la future épouse - s'est réservé le droit de vendre ou d'échanger sa dot sous la seule autorisation de son mari est, à notre avis, explicative et nullement restrictive. Elle se borne à reproduire une disposition du droit commun écrite dans l'article 217 : son sort est intimement lié à celui de cet article et elle devra demeurer sans effet toutes les fois qu'il ne sera plus applicable. D'ailleurs le double fondement qu'on s'accorde en général à donner à l'incapacité de la femme mariée fait ici défaut. Dans quel but les parties auraient-elles exigé dans notre espèce l'assistance du mari ? Par respect pour son autorité ? Cette autorité n'existe plus. Dans une pensée de protection pour l'épouse ? Quelle protection la femme peut-elle attendre d'un homme avec lequel la vie commune lui est devenue impossible. Ce sera bien plutôt pour elle une source d'ennuis.

Mais, dira-t-on, il était bien inutile d'insérer dans le contrat de mariage une disposition de droit commun ? Peut-être, mais cela n'est-il pas conforme à une pratique journalière ? Le contrat de mariage est avant tout destiné à faire connaître aux parties les droits et les obligations qui résultent pour elles de l'adoption de tel ou tel régime ; c'est là qu'elles iront se renseigner bien plutôt que dans le code. Il serait contraire à leur intention de prendre pour une défense une explication qui n'était pas destinée à survivre à la suppression de la règle qu'elle reproduit.

D'ailleurs il nous paraît très douteux que les futurs époux, quand bien même ils l'auraient voulu, aient pu faire de l'assistance maritale une condition nécessaire de la

validité de l'aliénation. De quelque nom qu'on l'appelle, autorisation ou consentement, cette assistance en effet n'en aboutit pas moins au même résultat : elle replace l'épouse dans un état de subordination que le législateur a entendu supprimer et crée ainsi une incapacité nouvelle ; or une incapacité ne peut résulter de la simple volonté des parties, il faut un texte qui l'autorise.

Qu'on le remarque bien, si le contrat de mariage s'était borné à permettre l'aliénation du bien dotal, la femme n'aurait pas eu besoin depuis la loi nouvelle du concours marital, puisqu'elle est devenue pleinement capable. Pretendrait-on qu'il doit en être différemment parce que le pacte conjugal exige cette autorisation dans tous les cas ? Ce serait oublier que les lois qui modifient la capacité des personnes sont conçues dans un intérêt général et que l'intérêt général l'emporte sur les conventions particulières.

Et on ne saurait exiger cette assistance du mari même si le contrat de mariage a été passé antérieurement à la loi du 6 février, car nul n'a un droit acquis à conserver une incapacité dont la loi le relève. Du reste l'application de cette partie des conventions matrimoniales équivaudrait dans ce cas à la confirmation de la clause incriminée et cette confirmation ne saurait utilement intervenir à une époque où l'insertion d'une pareille clause est elle-même devenue impossible. Il ne peut dépendre de la volonté des parties de prolonger pas plus que de rétablir une incapacité supprimée par la loi.

70. — L'aliénation des biens dotaux faite en dehors des hypothèses où elle a été exceptionnellement permise ou

sans l'accomplissement de formalités prescrites est nulle si elle a été effectuée par la femme seule, parceque la femme était incapable; si elle a été opérée par le mari seul, parceque le mari n'était pas propriétaire de la dot et n'avait pas mandat de l'aliéner; si elle a été consentie par les deux époux conjointement, parce que le bien dotal était hors du commerce. Nous n'avons pas à examiner ici les effets de cette nullité qui demeure régie par les règles du droit commun. Nous aurons d'ailleurs occasion de revenir sur ce point avec plus de détails en étudiant les recours ouverts à la femme par suite de l'inexécution ou de l'insuffisance du emploi.

DEUXIÈME PARTIE

Du remploi conventionnel.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INSERTION DANS LE CONTRAT DE MARIAGE D'UNE CLAUSE DE REMPLOI.

SOMMAIRE.

- I. — Utilité de cette clause, n° 71-72.
- II. — Qui peut la stipuler, n° 73-74.
- III. — En quels termes elle doit être stipulée, n° 75-85.

I. — 71. — La clause qui permet d'aliéner les biens constitués en dot enlève au régime dotal la meilleure part de ses garanties en offrant au mari une somme d'argent facile à dissiper. Elle présente en même temps de sérieux avantages. La protection dont le législateur a entouré la femme dotale pourrait dans beaucoup de cas se retourner contre elle si la règle de l'inaliénabilité était inflexible. Il se produira parfois au cours du mariage telles circonstances ou la vente, l'échange, le partage des

1. Voir la table détaillée des matières, page 381.

immeubles dotaux seront utiles, nécessaires même. Sans doute les parties pourront recourir à l'autorisation de justice ; mais c'est là une ressource extrême qui nécessite des frais, des lenteurs, et ne saurait être employée en dehors de certaines hypothèses limitativement déterminées par la loi. Le plus souvent les époux seront dans l'impossibilité d'user de cet expédient. La femme va-t-elle donc se trouver obligée de courir le risque, de conserver des immeubles improductifs et dispendieux, ou de compromettre la restitution de sa dot en permettant au mari d'en disposer ? Cette alternative fâcheuse n'est pas sans issue. Dans notre ancien droit où les mêmes inconvénients s'étaient fait sentir à côté des mêmes avantages, certaines coutumes, nous l'avons vu, avaient trouvé un moyen de sauvegarder les intérêts de l'épouse tout en relâchant les entraves mises à la libre circulation des valeurs dotales. Elles avaient imaginé la clause de remploi. Cette clause qui a pour effet de remplacer une chose aliénée par une autre chose qui prend la place de la première et lui conserve son caractère originaire a passé dans notre pratique moderne et est devenue d'un usage courant dans les anciennes provinces du midi et en Normandie où le régime dotal a réussi à se maintenir. Elle offre ce double avantage d'assurer à la femme la conservation de son patrimoine dotal et de lui permettre en même temps de réaliser les opérations avantageuses qui viendraient à se présenter pendant la durée de l'association conjugale. Elle atténue la règle de l'inaliénabilité sans la détruire et remédie à l'immobilisation des fortunes qu'entraîne la rigueur ordinaire du régime dotal.

72. — Toutefois il ne faut rien exagérer. Si la stipulation de remploi est un complément naturel de la clause autorisant l'aliénation du fonds dotal, elle n'en découle pas nécessairement ; il faut au contraire qu'elle ait été stipulée d'une façon expresse. La raison en est facile à comprendre. Lorsque le contrat de mariage a permis d'aliéner tout ou partie des immeubles constitués en dot, le mari a pleins pouvoirs pour toucher les deniers à provenir de ces aliénations et on ne doit admettre aucune dérogation à cette règle à moins d'une convention formelle des parties. Si elles n'ont rien dit ou se sont expliquées d'une façon équivoque les tiers sont autorisés à croire que le droit commun a été maintenu et peuvent se libérer valablement entre les mains du mari. Ce principe posé, nous aurons à examiner successivement :

1° Qui peut stipuler le remploi ;

2° Dans quels termes il peut être stipulé.

1° Qui peut stipuler le remploi.

73. — Toute personne intéressée peut faire insérer dans le contrat de mariage une clause de remploi. Ce droit appartient en premier lieu à la future épouse majeure et même mineure par application de l'article 1398 qui autorise le mineur habile à contracter mariage, à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible. Il appartient également au tiers parent ou étranger qui constitue la dot.

74. — Mais il est permis de se demander si un disposant pourrait alors que d'après le contrat de mariage les

biens dotaux ont été déclarés aliénables purement et simplement, mettre à la libéralité qu'il fait à la femme cette condition que l'aliénation devra être suivie de remploi ? Nous avons vu une difficulté analogue se poser sur le point de savoir si la stipulation permettant d'aliéner les biens dotaux enchainait le donateur. L'affirmative nous a paru se dégager des principes, Elle nous semble encore s'imposer ici. Et nous déciderons à propos de cette clause d'inaliénabilité conditionnelle ce que nous avons décidé à propos de la clause d'inaliénabilité absolue : elle devra être réputée non écrite comme contraire à l'ordre public et à l'esprit dont s'est inspiré le législateur dans la rédaction de l'article 1543.

En sens inverse si le contrat de mariage a permis l'aliénation des biens dotaux mais seulement à charge de remplacement, il sera loisible au disposant d'insérer dans sa donation une dispense de remploi. Une pareille stipulation n'a rien de contraire à l'intérêt général puisque loin de blesser les tiers elle leur est favorable.

2° En quels termes doit être stipulée la clause de remploi.

75. — Cette clause, nous l'avons déjà remarqué, crée une grave dérogation aux règles ordinaires du régime dotal. Elle est exorbitante du droit commun en tant qu'elle restreint les pouvoirs d'administration du mari. Elle intéresse en outre les tiers qui n'auront pu se rendre valablement acquéreurs des biens constitués en dot et aliénables sous condition de remploi, si cette condition n'a

pas été observée. A ce double point de vue il importe qu'elle soit formulée avec clarté et ressorte nettement des termes du contrat de mariage.

76. — Assez souvent pourtant la volonté des parties apparaîtra confuse, indécise, enveloppée dans une de ces formules étranges que l'on rencontre parfois dans certains actes notariés.

Que décider par exemple si la femme après s'être constitué en dot tous ses biens et droits présents et à venir a choisi son mari comme mandataire à l'effet : « (nous « transcrivons littéralement) *de demander, exiger, et « recevoir tous les dits droits et prétentions, en donner « acquit et décharge, et en faire enfin et disposer tout « comme un mari peut et doit faire des biens dotaux de « son épouse à charge de les reconnaître et assurer ainsi « que dès maintenant comme pour lors il les reconnaît, « assure, assigne et hypothèque* » (1). Cette clause est-elle une condition mise à la validité de la vente, équivaut-elle par suite à une stipulation de remploi opposable aux tiers acquéreurs ou est-elle simplement destinée à régir les rapports des époux entre eux ?

La Cour de Cassation* s'est prononcée en ce dernier sens avec raison, nous semble-t-il. Les expressions employées par le rédacteur du contrat de mariage laissent au moins place à un doute et dans le doute il convenait de s'en référer au droit commun. Or, le droit commun en cette matière est que le mari a la libre dispo-

1. Reg. 1^{er} août 1844, S 45, I, 71.

sition des deniers provenant des aliénations dotales (Art. 1549).

La Cour de Nîmes a jugé dans le même sens que la clause du contrat de mariage permettant au mari d'une façon générale d'aliéner les biens dotaux et d'en toucher le prix « *à condition expresse que toutes les sommes qu'il recevrait seraient reconnues de plein droit sur tous ses biens avec privilège de dot* », ne devait pas réagir contre les tiers. Dans l'espèce en effet, il ne pouvait être question d'engager la responsabilité de l'acquéreur puisque la femme avait consenti la conversion du bien dotal sous la seule réserve d'exercer ses reprises en argent avec garantie sur les biens de son mari. L'inutilité de cette dernière clause apparaissait dès lors manifeste. Il serait à souhaiter que les notaires prennent soin d'éliminer des contrats de mariage ces stipulations surannées et superflues de nature à jeter l'incertitude sur la véritable intention des contractants.

77. — Quelquefois les immeubles dotaux seront aliénables sous une condition alternative. Le mari après les avoir vendus devra les remplacer par d'autres immeubles ou reconnaître le montant de leur valeur sur ses biens personnels.

La question s'est présentée devant la Cour de Paris à propos d'une question d'emploi, mais la solution qui fut donnée alors trouve également son application en matière de remploi (1).

La future épouse dans l'espèce après s'être constitué en

1. Cass, 7 novembre 1854. S. 54, I, 705.

dot tous les droits qui lui étaient échus dans la succession de sa mère avait autorisé son mari à en percevoir le montant « *à charge d'en faire emploi en acquisition d'immeubles ou d'en reconnaître la valeur sur ses biens personnels, ou de l'utiliser par un cautionnement, ou d'en faire le placement sur hypothèque.* » Cette stipulation renfermait-elle une clause impérative de remploi opposable aux débiteurs des deniers dotaux ou seulement une obligation imposée au mari et sans effet à l'égard des tiers ?

78. — Le tribunal de la Seine s'était prononcé en faveur de la première interprétation, mais sa décision fut infirmée en appel pour les motifs suivants. De droit commun, le mari a la pleine disposition de la dot mobilière; s'il est loisible aux contractants d'apporter une restriction à ses pouvoirs absolus en lui imposant une condition d'emploi, au moins est-il nécessaire que cette condition soit stipulée d'une façon expresse. Tel n'était pas le cas. Les contractants, en effet, ne s'étaient pas bornés à permettre au mari de toucher les capitaux mobiliers de la femme sous la seule condition de les employer en acquisitions d'immeubles; ils lui avaient donné une bien plus grande latitude, lui laissant le choix entre un emploi, un placement hypothécaire, un cautionnement ou une simple reconnaissance sur ses biens personnels. Cette dernière disposition suffisait à effacer les autres et à dispenser les tiers de toute surveillance.

79. — Ces considérations sont loin de nous paraître péremptoires et nous préférons la solution contraire adoptée par les juges de première instance.

Sans doute, l'article 1549 permet au mari de toucher les capitaux de la femme sans exiger de lui aucun emploi. Toute clause dérogatoire à cette règle doit être exprimée, nous avons été le premier à le reconnaître. Mais encore faut-il rechercher quelle a été la commune intention des parties et ne pas donner à leur stipulation une interprétation en désaccord manifeste avec leur volonté en s'attachant à la lettre de quelques expressions défectueuses. Cette manière de procéder conforme aux prescriptions de l'article 1156 peut se recommander en outre de l'article 1161 aux termes duquel les clauses des conventions doivent s'interpréter les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. Or, si l'on examine ici l'ensemble de la clause incriminée, le sens qui s'en dégage logiquement nous paraît tout opposé à celui donné par la Cour de Paris.

Les contractants, qu'on le remarque bien, ne s'étaient pas bornés à autoriser le mari à toucher les capitaux mobiliers de la femme à charge de les assurer et reconnaître; cette stipulation eût pu être considérée avec raison comme un rappel du droit commun insuffisante pour obliger les tiers. Elle eût en tous cas laissé place à un doute qu'il était juste d'interpréter en leur faveur. Mais il doit en être autrement, croyons-nous, lorsqu'elle figure dans le contrat à titre d'alternative.

En effet, si les parties ont permis au mari de toucher les capitaux de la femme sous la condition de lui fournir des sûretés dont elles lui ont laissé le choix, c'est que ces sûretés présentaient à leurs yeux les mêmes garanties pour l'épouse, qu'elles formaient l'équivalent l'une de

l'autre, et assureraient d'une façon aussi efficace la conservation des deniers dotaux.

Entendue autrement leur stipulation n'aurait pas de sens. Comment supposer qu'après avoir pris toutes les précautions nécessaires pour protéger la dot mobilière en exigeant, soit une acquisition d'immeubles, soit un cautionnement, soit un placement hypothécaire, les contractants aient ensuite voulu détruire cet échafaudage de garanties en permettant au mari d'en percevoir le montant sans offrir à la femme aucune sûreté autre que celle résultant pour elle de son hypothèque légale? Une pareille stipulation indiquerait une grossière inadvertance ou un singulier manque de sens puisqu'elle équivaldrait à imposer le remploi au mari et à l'en dispenser en même temps.

Nous nous inclinerions cependant devant cette volonté, si étrange soit-elle, si elle résultait nécessairement des termes de la clause incriminée et qu'il fut impossible de lui donner un sens plus raisonnable. Mais tel n'est pas le cas.

L'idée qui se dégage de l'ensemble du contrat de mariage est au contraire que le mari ne peut percevoir le remboursement des derniers dotaux qu'à charge d'en garantir la restitution à la femme. Cela suffit pour engager la responsabilité des tiers dans tous les cas.

Sans doute, ils ne pourront exiger du mari aucune garantie particulière si ce dernier possède à l'époque du paiement des immeubles susceptibles d'assurer à la femme la restitution du mobilier dotal ; mais dans le cas contraire ils répondront de leur insuffisance comme ils répon-

draient d'un mauvais placement hypothécaire, d'une caution insolvable, ou d'une acquisition d'immeubles sujets à éviction. Autrement comprise la reconnaissance faite par le mari sur ses biens personnels ne pourrait être considérée comme l'équivalent de ces dernières sûretés et les contractants se seraient bien gardés de la mettre sur le même pied.

80. — L'étendue de la clause de remploi devra se mesurer d'après les termes du contrat de mariage; elle pourra s'appliquer à toute aliénation, si minime soit-elle ou, seulement aux aliénations d'une certaine importance. Il est d'usage dans la pratique, lorsque la somme à employer est échue aux conjoints par l'effet d'un acte indépendant de leur volonté, lorsqu'elle provient par exemple d'une vente d'immeubles expropriés pour cause d'utilité publique ou représente la soulte d'un partage, de fixer un minimum au-dessous duquel le remploi cessera d'être obligatoire. On évite ainsi les difficultés inextricables auxquelles donnent parfois lieu le placement d'une somme insignifiante. La même latitude on le conçoit aisément, ne pourrait être étendue sans danger à l'aliénation volontaire. Ce serait donner aux époux un moyen trop facile de se dispenser du remploi en vendant leurs immeubles par parcelles.

81. — Cependant on rencontre assez souvent dans les contrats de mariage une clause permettant à la future épouse de prélever sur les biens dotaux qui lui adviendront dans l'avenir une somme déterminée sans être obligée de fournir aucun emploi. Cette clause a l'avantage de permettre aux conjoints dans la nécessité de pourvoir à

leurs besoins les plus pressants sans être tenus de recourir à l'autorisation de justice presque toujours longue à obtenir et dispendieuse. Mais elle enlève en même temps à l'épouse une garantie sérieuse en la privant de ce contrôle judiciaire et elle est de nature à engendrer de graves inconvénients pour les tiers. En effet, les prélèvements autorisés peuvent avoir lieu successivement dans plusieurs études sans que ces tiers ne sachent rien à moins que le premier notaire n'ait pris la précaution de le mentionner en marge de la minute et des expéditions du contrat de mariage.

En vue d'obvier à ce danger, il serait bon d'insérer dans le pacte conjugal à la suite de la formule ordinaire: « La future épouse se réserve le droit de prélever sur les immeubles ou valeurs mobilières qui lui adviendront dans l'avenir un capital de... sans être tenue de fournir aucun remplacement » l'alinéa suivant: Les tiers qui auront versé les fonds destinés à opérer ces prélèvements devront exiger qu'il en soit fait mention sur la minute du contrat de mariage.

« Le notaire dépositaire de cette minute prendra soin de reproduire la même mention sur les expéditions qui en seront délivrées, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle .»

82. — La condition de remploi n'est pas seulement applicable en matière de vente, mais encore en matière de partage, d'échange, de constitution d'hypothèque.

Ce dernier point toutefois a été contesté et certains auteurs, notamment M. Benech ont soutenu qu'il était impossible aux époux de se réserver le droit d'hypothéquer

les immeubles dotaux sous condition de remploi : « La clause de remploi, dit le savant professeur, n'est imposée au mari que lorsqu'il reçoit le pouvoir d'aliéner, c'est-à-dire de vendre l'immeuble dotal, et elle n'a jamais été apposée au pouvoir donné au mari d'hypothéquer cet immeuble. Le remploi est incompatible avec l'emprunt sur hypothèque : on n'engage pas la dot pour faire des acquisitions (1). »

83. — Nous préférons l'opinion contraire (2).

Le remploi a pour but principal d'empêcher que la dot ne puisse se perdre; et, ce résultat est autant à redouter, si ce n'est plus, lorsque les époux se sont réservé la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux que lorsqu'ils ont stipulé le droit de les aliéner. Puisque le même danger existe dans les deux cas, pourquoi les parties ne pourraient-elles pas y apporter le même remède? Sans doute cette clause de remploi va neutraliser dans une assez large mesure l'utilité de l'hypothèque, mais il est excessif de prétendre que ce soient là deux choses incompatibles. On conçoit telles hypothèses où la réserve d'hypothéquer le fonds dotal, même sous une condition de remploi, apparaîtra d'une utilité manifeste. Les époux, par exemple, affecteront un de leurs biens en garantie, soit pour en acheter un autre à des conditions exceptionnellement avantageuses, soit pour se procurer une somme qu'ils prêteront eux-mêmes sur hypothèque à un taux supérieur, soit pour conserver ou construire un immeuble, racheter une servitude, etc.

1. Benech : *Emploi et remploi de la dot*, p. 183.

2. Voy. en ce sens. Cass. 3 février 1891. Sirey, 1891. I. 247.

84. — Tout ce qu'on peut exiger est que les parties se soient expliquées à cet égard d'une façon claire, intelligible. Il ne suffirait pas qu'elles aient subordonné la faculté d'aliéner la dot à une condition de emploi pour qu'on y soumette aussi la faculté de l'hypothéquer. L'aliénation et l'hypothèque sont en effet deux choses distinctes, indépendantes l'une de l'autre. L'une peut être conditionnelle, l'autre pure et simple, et il n'y a aucun motif pour étendre à la seconde la modalité qui affecte la première.

Ainsi la Cour de Limoges a jugé, avec raison, que la condition de emploi ne devait pas s'étendre à l'hypothèque lorsque le contrat de mariage portait la clause suivante : « Le futur pourra vendre les immeubles dotaux de la future, les échanger, aliéner, mais du consentement de celle-ci, en sa présence, sauf emploi pour en recevoir et quittance le prix. Ils pourront aussi les hypothéquer en commun et solidairement. » Les contractants dans l'espèce avaient pris soin de limiter le emploi à l'aliénation, c'eût été aller au-delà de leur volonté que de l'étendre à l'hypothèque (1).

85. — Mais nous donnerions une solution différente au cas où le contrat de mariage contiendrait la réserve « *d'aliéner, vendre, échanger ou hypothéquer tout ou partie des biens dotaux sous la condition d'un bon et fidèle remplacement en immeubles,* » Le tribunal de Caen a cependant décidé que même dans cette hypothèse la clause de emploi ne s'appliquait pas à l'hypothèque : « Attendu que la stipulation d'hypothéquer est à la

1. Limoges, 6 décembre 1844. Dal. 45, 2, 150. Voy. aussi Cass. 3 février 1891. S. 91. 1-247.

« vérité jointe à celle d'aliéner et que la clause se ter-
« mine par ces mots, sous la condition expresse d'un
« bon et fidèle remplacement en immeubles, mais que
« cette condition s'applique uniquement à l'aliénation
« et non à l'hypothèque, puisqu'il est impossible de con-
« cevoir le remplacement des immeubles qui serait
« donné à une femme dotale en échange d'une hypo-
« thèque qu'elle consentirait; qu'une semblable stipula-
« tion serait un non-sens et qu'elle équivaldrait à la
« suppression absolue de la faculté d'hypothéquer, c'est-
« à-dire à la radiation d'une clause du contrat de
« mariage. »

Cette opinion n'a pas prévalu en appel (1). La Cour de Caen réformant la décision des premiers juges, décida que les termes du contrat de mariage n'autorisaient aucune distinction et que la nécessité d'un emploi semblait devoir s'appliquer particulièrement à la constitution d'hypothèque. C'était restituer à la stipulation des contractants son véritable sens; ils avaient voulu que la dot puisse se transformer, ils n'avaient pas voulu qu'elle puisse se perdre. Comment auraient-ils laissé à la femme un moyen facile de se ruiner en lui permettant l'hypothèque sans emploi? Prétendrait-on que la faculté d'hypothéquer va devenir illusoire avec cette interprétation? Nous avons par avance répondu à l'objection en montrant que si la condition de emploi diminue l'utilité de la réserve d'hypothéquer, elle ne la détruit pas entièrement.

1. Caen, 12 janvier 1865. S. 65, 2, 125.

Il était donc inexact de prétendre, comme l'avaient fait les premiers juges, que la combinaison de l'hypothèque et du remploi équivalait à la suppression d'une clause du contrat de mariage. C'est bien plutôt le système contraire qui aboutit à ce résultat, puisqu'il enlève à la femme dans l'hypothèse où il s'agit d'hypothéquer le fonds dotal, une garantie qu'elle avait voulu se ménager dans toutes les circonstances où la dot viendrait à être aliénée.

Loin de séparer l'hypothèque des autres modes d'aliénation, comme dans l'affaire soumise à la Cour de Limoges, les contractants les avaient ici confondus, les soumettant tous à la même restriction. Cette différence de rédaction devait naturellement amener une différence d'interprétation et celle adoptée dans l'espèce par la Cour de Caen nous paraît de tout point conforme à la volonté des parties.

CHAPITRE II

DE LA RÉALISATION DU REMPLOI.

SOMMAIRE.

Section I. — Qui peut exiger le emploi, nos 86 à 91.

Section II. — Qui peut le faire, n^o 92.

Section III. — En quelles formes il doit être fait, nos 92 à 109.

Section IV. — En quels biens, nos 110 à 121.

Section V. — A quelle époque, nos 122 à 129.

Section VI. — Effets de sa réalisation, nos 130 à 132 (1).

SECTION I

Qui peut exiger le emploi ?

86. — La femme et le tiers acquéreur sont les personnes les plus directement intéressées à la réalisation du emploi : la première parce qu'il lui assure la conservation des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble dotal, le second parce qu'il le met à l'abri d'un danger d'éviction possible en consolidant cette aliénation.

1. Voir la table des matières.

Tous les deux pourront donc exiger que les prescriptions du contrat de mariage soient observées sur ce point.

La femme aura-t-elle ce droit même pendant la durée de l'association conjugale. On pourrait en douter au premier abord, puisqu'elle se trouve alors dans l'impossibilité de faire révoquer la vente du fonds dotal indûment consentie. Mais il n'y a aucune analogie entre les deux cas. En demandant la nullité de la vente l'épouse exercerait une action qui appartient au mari. En poursuivant l'exécution du remploi, elle prend simplement une mesure propre à sauver sa dot. Or, l'article 1560 se borne à lui refuser l'exercice des actions dotales, il ne l'empêche pas de prendre des mesures conservatoires.

En vain objecterait-on qu'il lui sera loisible de faire révoquer la vente après la dissolution du mariage, voire même après la séparation de biens. L'objection ne serait pas fondée, car l'épouse peut avoir grand intérêt à ne pas attaquer cette vente faite à des conditions avantageuses. Il est possible d'autre part que l'immeuble subisse des dégradations durant cet intervalle. Sans doute la femme aura alors un recours, soit contre l'acheteur, soit contre son mari, mais ce recours peut devenir illusoire s'ils ne sont pas solvables. Il ne faut pas la laisser exposée à un danger auquel elle a précisément voulu se soustraire en stipulant le remploi.

87. — Si le mari refuse de l'exécuter la femme pourra donc l'y contraindre judiciairement et le faire condamner à consigner une somme suffisante pour répondre de la dot ou obtenir l'autorisation d'effectuer elle-même ce rem-

ploi (1). Cette solution n'est nullement démentie par l'article 1549. Le mari, il est vrai, a seul l'administration des biens dotaux, mais il doit les administrer suivant les règles tracées par le contrat de mariage. La femme peut donc le rappeler à leur observation s'il les méconnaît, et au besoin l'obliger à s'y conformer. Elle ne fait pas autre chose en poursuivant l'exécution du remploi.

88. — On peut même se demander si le refus marital ne serait pas suffisant pour motiver de sa part une demande en séparation de biens? La question se pose indifféremment, soit à propos de l'emploi, soit à propos du remploi.

Elle a été résolue dans le sens de l'affirmative par quelques interprètes, notamment par Toullier : « La stipulation d'emploi, dit le savant auteur, nous paraît « une condition sans laquelle la femme ou ses parents n'auraient point compté la dot; ou du moins s'ils « n'avaient pas compté sur l'accomplissement de cette « condition, ils auraient pris d'autres mesures de sûreté. » En vain, alléguerait-on que le mari n'a pas de dettes et possède des immeubles plus que suffisants pour répondre du montant de l'aliénation. « Nous répondrions, ajoute Toullier, qu'une simple hypothèque ne peut tenir lieu d'un remploi en terres qui seraient des propres de la femme; que d'ailleurs la stipulation d'emploi de la dot est une clause conditionnelle qui doit être exécutée de bonne foi et qui tient lieu de loi entre les parties (art.

1. Caen, 2 août 1831. S. 52. 2. 182. — Cassation, 20 décembre 1852. S. 53. 1. 151. — Aubry et Rau, V, § 537, texte et note, 75, p. 578. — Guillouard. IV, n° 1976. Troplong, II, n° 1112.

1134) sans pouvoir être révoquée ni changée que de leur consentement mutuel; que l'inobservation de cette loi doit donner lieu à la résolution du contrat (1). »

89. — Ainsi formulée cette doctrine nous paraît beaucoup trop absolue. Sous prétexte de respecter l'article 1134 elle viole à notre avis l'article 1443 qui exige formellement que la dot soit mise en péril pour que la femme puisse intenter utilement une demande en séparation de biens. Or, on ne saurait prétendre que le défaut de remploi constitue un danger pour l'épouse si le mari est solvable et qu'elle trouve une entière sécurité dans son hypothèque légale. L'inexécution de cette clause ne suffira donc pas dans cette hypothèse à lui faire rendre l'administration de son patrimoine dotal. Il en serait autrement si le mauvais état des affaires du mari était de nature à lui faire courir un risque sérieux en compromettant la restitution de sa dot; on se trouverait alors dans le cas prévu par l'article 1543 et cet article deviendrait applicable. Cette distinction, qui avait déjà été formulée par Pothier dans notre ancien droit, est encore admise aujourd'hui par la majorité des auteurs (2).

90. — L'inexécution du remploi, avons-nous dit, n'intéresse pas seulement la femme, elle engage en outre la res-

1. Toullier, T. 13, p. 59, n° 31. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, T. 2, n° 798.

2. Pothier, n° 511. — Troplong, n° 1332. Benech. — *De l'emploi de la Dot*, n° 24. Guillouard. — *Contrat de mariage*, III, n° 1083. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce point d'une façon précise. Voy. cependant, dans le sens de l'affirmative, Paris, 28 juin 1853, D. 54. 2. 44.

ponsabilité de l'acheteur en l'exposant à perdre le bénéfice de son acquisition qui reste incertaine tant que ce remploi n'a pas eu lieu. Il lui importe donc qu'il soit effectué dans le plus bref délai possible et il agira prudemment en ne payant son prix qu'après sa réalisation. Ce sera pour lui un moyen indirect mais souvent efficace de contraindre les époux à se conformer aux prescriptions du pacte conjugal. S'ils persistent néanmoins dans leur inaction ou que la femme pour une raison quelconque refuse d'accepter l'immeuble qu'on lui propose en remplacement dans les cas où son acceptation est nécessaire, le tiers acheteur aura une suprême ressource. Après avoir fait des offres réelles, il obtiendra un jugement qui le libérera du paiement en versant son prix à la caisse des Dépôts et Consignations pour qu'il y reste jusqu'à ce qu'on lui justifie d'un emploi utile et conforme aux conventions matrimoniales. Nous aurons à examiner plus loin si ce dépôt suffit à dégager complètement sa responsabilité.

91. — Ce ne sont pas là les seules personnes capables d'exiger le remploi. Cette faculté appartient en principe à tous ceux dont la responsabilité se trouve engagée par suite de son inexécution ou de son irrégularité : à l'agent de change qui a négocié à la Bourse des valeurs dotales aliénables à charge de remplacement, aux sociétés industrielles ou financières sur les registres desquelles ont été opérés les transferts de ces valeurs ou qui se trouvent dépositaires des sommes provenant de leur aliénation. Ces divers tiers auront non-seulement le droit, mais le devoir de se refuser à la négociation ou au paye-

ment des titres ainsi frappés de dotalité tant qu'on ne leur aura pas justifié d'un remploi régulièrement accompli. Nous reviendrons ultérieurement sur les obligations qui leur incombent à cet effet.

SECTION II

Qui peut faire le remploi.

92. — Le droit de faire le remploi appartient en principe à celui des deux époux qui a l'administration de la dot, c'est-à-dire au mari si aucune séparation de bien n'est intervenue au cours du mariage, à la femme dans le cas contraire.

Toutefois le pacte conjugal pourrait donner à cette dernière dûment assistée le droit de pourvoir elle-même dans tous les cas au remplacement de ses immeubles aliénés. Une pareille stipulation ne nous paraîtrait nullement contraire à l'article 1549. On ne peut pas dire en effet qu'il y ait là une véritable atteinte portée au pouvoir d'administration maritale, puisque d'après le droit commun, l'intervention de la femme (suivant l'opinion la plus accréditée) est toujours nécessaire à la perfection du remploi. D'ailleurs les contractants libres de ne pas autoriser l'aliénation du fonds dotal ont pu mettre à cette aliénation les restrictions que leur commandait leur prudence.

Même en l'absence de toute convention expresse, il serait encore loisible à l'épouse de se faire autoriser par justice à réaliser elle-même un remplacement que le mari se refuserait obstinément à accomplir. Il s'agit là

en définitive de l'exécution d'une clause du contrat de mariage et la femme est en droit d'exiger qu'elle soit observée (1).

SECTION III

En quelles formes le remploi doit être fait.

93. — La loi n'ayant prescrit pour le remploi aucune forme particulière, les parties jouissent à cet égard de toute la latitude que leur offre le droit commun et peuvent, en l'absence d'une disposition spéciale du contrat de mariage, l'effectuer, soit par acte authentique, soit par acte sous seing-privé.

Le législateur, on le voit, s'est montré moins sévère en matière de subrogation réelle qu'en matière de subrogation personnelle où il exige à peine de nullité que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires (2). Cette différence de formes est assez difficile à expliquer rationnellement. Peut-être les rédacteurs du Code civil ont-ils pensé que la fraude serait moins aisée à commettre ici que dans l'espèce prévue par l'article 1250 où le créancier désintéressé et le débiteur auraient pu s'entendre pour faire revivre une hypothèque éteinte au préjudice des autres créanciers de ce débiteur. Ce motif ne nous paraîtrait pas décisif car il y a lieu de redouter également la mauvaise foi du mari à qui le

1. Caen, 2 août 1851, D. 1852, II, 227.

2. Article 1250.

défaut d'authenticité va permettre de se donner libre carrière.

94. — Mais quelle que soit la forme extrinsèque de l'acte de remploi, qu'elle soit authentique ou sans signatures privées, il y a lieu de se demander si cet acte doit contenir les deux déclarations relatives à l'origine et à la destination des deniers de la femme, exigées à peine de nullité par les articles 1434 et 1435.

La question a été résolue négativement par certains auteurs. « On ne peut étendre au régime dotal, dit M. Laurent, les dispositions du Code au chapitre de la communauté; les deux régimes étant essentiellement différents, il n'est pas permis d'argumenter par analogie. En matière de remploi, il y a une raison de plus pour repousser l'interprétation extensive, c'est que le remploi est une fiction et les fictions sont de la plus stricte interprétation. Il faut donc s'en tenir aux clauses du contrat de mariage et aux principes généraux. Dans le silence du contrat, on ne pourra pas exiger les deux déclarations que les articles 1434 et 1435 prescrivent sous peine de nullité, celles qui constatent l'origine des deniers et leur destination; c'est une lacune, mais nous ne croyons pas que l'interprète puisse la combler (1). »

95. — Cette doctrine n'a pas triomphé. Les auteurs les plus récents et la jurisprudence se prononcent en faveur de l'opinion contraire (2). Nous la croyons mieux fondée.

1. Laurent, tome 23, n° 519.

2. Benech. *De l'emploi et du remploi*, n° 92. — Troplong, IV, n° 3429. — Guillouard, IV, n° 1965. — Aubry et Rau. V. § 537, texte et note 88, p. 581. — Adde. Toulouse, 13 août 1841, S. 42, 2, 23.

en définitive de l'exécution d'une clause du contrat de mariage et la femme est en droit d'exiger qu'elle soit observée (1).

SECTION III

En quelles formes le remploi doit être fait.

93. — La loi n'ayant prescrit pour le remploi aucune forme particulière, les parties jouissent à cet égard de toute la latitude que leur offre le droit commun et peuvent, en l'absence d'une disposition spéciale du contrat de mariage, l'effectuer, soit par acte authentique, soit par acte sous seing-privé.

Le législateur, on le voit, s'est montré moins sévère en matière de subrogation réelle qu'en matière de subrogation personnelle où il exige à peine de nullité que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires (2). Cette différence de formes est assez difficile à expliquer rationnellement. Peut-être les rédacteurs du Code civil ont-ils pensé que la fraude serait moins aisée à commettre ici que dans l'espèce prévue par l'article 1250 où le créancier désintéressé et le débiteur auraient pu s'entendre pour faire revivre une hypothèque éteinte au préjudice des autres créanciers de ce débiteur. Ce motif ne nous paraîtrait pas décisif car il y a lieu de redouter également la mauvaise foi du mari à qui le

1. Caen, 2 août 1851, D. 1852, II, 227.

2. Article 1250.

égard; elles ont leur raison d'être. Le législateur a vraisemblablement pensé qu'une déclaration tardive serait de nature à jeter de graves perturbations dans le commerce et à préjudicier aux tiers qui auraient traité avec le mari sur la foi du contrat de vente ignorant que l'immeuble avait changé de caractère par l'effet d'une convention postérieure.

Sans doute les tiers ne se trouveront pas complètement à l'abri de ces réticences frauduleuses par le seul fait que la déclaration prescrite par les articles 1434 et 1435 aura été faite dans l'acte même. En admettant qu'elle ne soit pas nécessaire en principe, il est possible que les parties aient fait de l'acceptation de la femme une condition nécessaire à la validité du remploi. D'après l'opinion prédominante, cette acceptation peut être donnée par acte séparé; il sera facile au mari de la dissimuler aux tiers et de les pousser à acheter un immeuble qu'ils croiront disponible. Mais ils auront au moins connaissance de ce projet de remploi, leur prudence sera ainsi mise en éveil et les conduira peut-être à s'abstenir d'un traité qui leur paraîtrait trop incertain.

97. — Le témoignage de Dumoulin et le texte de l'article 1595, qu'on a invoqué en faveur de l'opinion contraire, d'après laquelle la double déclaration prescrite par l'article 1434 pourrait être faite utilement même *ex intervalls* ne suffisent pas, ce nous semble, à affaiblir la force de ces arguments.

Dumoulin écrivait à une époque où les règles du remploi n'avaient pas encore été fixées. Son opinion ne saurait donc faire autorité en cette matière. Elle a du reste

été combattue par Duplessis et par Pothier guide habituel des rédacteurs du Code civil. « Lorsque c'est pour tenir lieu de remploi des propres de la femme dit ce dernier, que le mari acquiert un héritage durant le mariage, il faut pareillement que la déclaration soit faite par le contrat d'acquisition que l'héritage est acquis pour lui tenir lieu de remploi... Pour qu'un héritage ou autre immeuble acquis par le mari avec déclaration que c'est pour tenir lieu de remploi à sa femme soit propre de subrogation, il faut à la vérité que cette déclaration soit portée par le contrat d'acquisition » (1).

La raison historique fait donc ici défaut.

Quant à l'argument tiré de l'article 1595 il ne nous paraît pas non plus concluant. Cet article statue sur une hypothèse distincte de la nôtre. L'opération qu'il autorise exceptionnellement a plutôt le caractère d'une cession, d'une dation en paiement que d'un véritable emploi. La place qu'il occupe au titre de la vente le démontre suffisamment. L'acceptation de la femme ne produit dans ce cas aucun effet rétroactif. On conçoit dès lors que les tiers n'aient plus besoin d'être avertis puisque l'épouse devenant l'ayant-cause de son mari se trouve obligée de respecter les droits que ce dernier a pu leur consentir sur l'immeuble offert en paiement. Mais il en est tout autrement dans l'hypothèse prévue par les articles 1434 et 1435. Le droit de la femme remonte alors, d'après l'opinion qui tend à prévaloir, au jour de l'acquisition et

1. Pothier. *Traité de la communauté*, 199 et 200 Duplessis. *De la communauté* livre II, chapitre IV, section II.

les actes accomplis par le mari, durant cet intervalle sont considérés comme non avenus. On comprend donc facilement que la loi se soit montrée plus exigeante dans ce second cas et l'antinomie qu'on a prétendu signaler entre les articles 1434 et 1595 se trouve ainsi tout naturellement expliquée par la différence des espèces sur lesquelles ils statuent (1).

98. — L'accomplissement des prescriptions des articles 1434 et 1435 deviendrait inutile si les époux avaient formellement désigné dans le pacte matrimonial l'immeuble qui devrait être acquis en remploi.

Les tiers dans ce cas-là sont suffisamment prévenus par la clause elle-même ; s'ils sont victimes d'une erreur ce ne pourra être que parce qu'ils n'auront pas consulté le contrat de mariage, comme le leur commandait la plus vulgaire prudence.

Toutefois, il est nécessaire que les futurs conjoints se soient expliqués sur ce point avec assez de clarté pour que leur volonté ne laisse place à aucune équivoque. Il ne suffirait pas par exemple d'une stipulation ainsi conçue : « le remploi aura lieu sur le premier acquêt que fera le mari après la célébration du mariage. » Comment les tiers pourraient-ils savoir, en effet, si tel immeuble constitue ou non la première acquisition ? Comme le disait Duplessis, il ne peut y avoir de dotal pour eux que l'immeuble dont le titre porte en lui-même la preuve de cette dotalité,

1. En ce sens, Aubry et Rau, V, page 304, note 20. — Bourges, 26 avril 1837, S. 37, 2. 357. — Contrat : Marcadé, sur les articles 1434 et 1435, III.

c'est-à-dire la double déclaration. Sans cela on les mettrait à la discrétion du mari (1).

99. — La déclaration de l'origine et de la destination des deniers dotaux suffisent-elles à rendre le remploi définitif? Est-il nécessaire en outre que l'épouse donne son adhésion au contrat et consente à substituer l'immeuble acquis à la créance qu'elle avait primitivement contre son mari? Cela n'est pas douteux si ce concours, comme cela arrivera le plus ordinairement, est formellement exigé par le pacte matrimonial. Mais dans le silence du contrat de mariage, l'acceptation de l'épouse sera-t-elle encore indispensable?

100. — Deux opinions sont en présence : d'après l'une, l'adhésion de la femme ne serait en aucun cas nécessaire à la perfection du remploi; d'après l'autre, au contraire, elle devrait toujours être obtenue.

Les partisans du premier système invoquent à leur appui l'article 1553 qui à la différence de l'article 1435 n'exige pas cette acceptation. Ce n'est par là, disent-ils, un simple oubli, mais une omission réfléchie, motivée par la différence des espèces prévues par les deux articles. « S'il avait été dans l'intention du législateur, écrit Merlin, d'assimiler l'emploi des deniers dotaux au remploi du prix des propres de la femme vendus pendant la communauté, que lui eût-il coûté d'ajouter, pour l'un, à l'article 1553, la même condition qui modifie, pour l'autre, l'article 1435? Il y a d'ailleurs une très grande différence entre les deux cas. Lorsque le mari emploie en

1. Duplessis. *De la Communauté*. Livre 2. Section 2.

héritage les deniers dotaux qu'il a reçus avec cette destination, il agit *non comme le negotium gestor de la femme; mais comme son mandataire, constitué à cet effet par le contrat de mariage*; et on sait que les acquisitions faites par le mandataire sont, de plein droit, censées faites par le commettant, au lieu qu'en employant le prix des propres de la femme qu'il a vendus pendant la communauté, le mari n'agit que comme maître de la communauté même (1) ».

101. — Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Dans son *Traité de l'emploi et du remploi de la dot sous le régime dotal* M. Benech l'a brillamment combattue. Il s'est ingénié à montrer que l'idée de mandat sur laquelle on la faisait reposer était une idée fausse et que ce mandat n'existait pas dans la réalité. « En effet, si on s'arrête à la nature même de la clause, elle ne contient qu'un engagement unilatéral contracté par le mari et non un contrat de mandat produisant des obligations réciproques. Si l'on se préoccupe de l'intention des parties, la clause est le produit d'un sentiment de défiance pour la femme, qui: selon l'expression de Roussilhe a stipulé l'emploi, *crainte que son mari ne dissipât la dot*, mais qui n'a point voulu pour cela aliéner sa liberté d'action pour refuser l'emploi qui serait fait. Elle a entendu rester maîtresse d'avoir à son choix une hypothèque sur la chose acquise si elle n'accepte pas l'emploi, ou un

1. Merlin. *Répertoire de jurisprudence*, V, p. 245. Dans le même sens, Toullier. *Droit civil Français*, XIV, p. 152 et suiv. Tessier, *de la dot*, I, 224, note 389.

droit de propriété si elle l'accepte. Voilà ce qu'elle a entendu, voilà ce qu'elle a voulu, obtenir une sûreté *ut dos est cautior*, comme disait l'orateur romain, et non s'engager dans un contrat de mandat qui repose tout entier sur un sentiment de confiance (1). »

Ces principes étaient admis sans difficulté avant le Code civil, non-seulement en pays de coutume, mais en pays de droit écrit. Rénusson, Lebrun, Roussilhe, Despeisses, ne nous laissent aucun doute à cet égard et ont toujours subordonné la validité du remploi à l'acceptation de la femme, même lorsque ce remploi était obligatoire d'après les conventions matrimoniales (2). Le législateur de 1804 connaissait parfaitement cet état de notre ancienne jurisprudence. S'il eût voulu le modifier en quoi que ce soit, et établir sur ce point une différence entre le régime de communauté et le régime dotal, il s'en serait expliqué au lieu de se borner à formuler dans l'article 1435 cette règle unique : la déclaration du mari que l'acquisition est faite avec des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui tenir lieu de remploi ne suffit point si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme.

Cette opinion, ajoute-t-on, se trouve en harmonie avec les principes généraux du droit, car il est de règle

1. Benech, *op. cit.*, page 105.

2. Rénusson. *Des propres*, ch. VI, section 7, n° 25. — Lebrun, *Traité de la communauté*, livre III, chapitre II, sect. I, dist. 2. n° 72. — Roussilhe. *De la dot*, I, n° 185. — Despeisses. *De la dot*, sect. 3. — Chabrol. *Cait. d'Auvergne*, II, 191.

qu'on ne peut devenir propriétaire sans son consentement.

D'ailleurs n'offre-t-elle pas le seul moyen d'assurer à l'épouse dotale une protection véritablement efficace, et ne voit-on pas à quelles conséquences fâcheuses pourrait aboutir le système adverse en lui imposant un emploi quelconque, insignifiant peut-être, et hors de proportion avec la valeur de l'immeuble aliéné ? « Eh quoi ! s'écrie M. Benech, la dot est de 20.000 francs, l'immeuble acquis n'en vaut que 10.000, et néanmoins la femme sera liée !... Ainsi pour avoir stipulé une sûreté conservatrice de sa dot, la femme courrait la chance de voir sa dot sinon complètement ruinée, du moins considérablement amoindrie !... Cela n'est pas possible. Une des principales règles d'interprétation nous enseigne que l'on ne doit jamais retourner contre quelqu'un une clause qui a été stipulée dans son intérêt » (1).

102. — Comme le premier, ce second système nous semble un peu absolu et n'est peut-être pas à l'abri de toute critique.

L'argument historique, sur lequel il se fonde principalement, n'a pas la valeur que lui prête M. Benech. Les rédacteurs du Code civil, dit-on, n'ont pas créé de toutes pièces la théorie du remploi, ils l'ont trouvée organisée dans notre ancien droit ou d'après la jurisprudence constante des parlements, l'acceptation de la femme était une

1. Benech. *De l'emploi et du remploi*, n. 92 et suiv. Dans le même sens. — Troplong, IV, n° 3429. Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 83, p. 581. Duranton, XV, 489. Benoit. *De la dot*. 1, 110

condition nécessaire à la validité de l'acquisition faite par le mari, et cela aussi bien sous le régime dotal que sous le régime de communauté. Si le législateur avait entendu innover sur ce point, il l'aurait dit. Au lieu de cela, il s'est borné à formuler dans l'article 1435 la règle admise dans nos anciens pays de coutume, et comme cette règle était aussi celle des pays de droit écrit, il a jugé inutile de la répéter en traitant du régime dotal, pensant qu'on l'y étendrait sans difficulté, comme cela se faisait auparavant.

Ce raisonnement contient, à notre avis, quelque exagération. En supposant que le législateur ait voulu rejeter la doctrine des pays de droit écrit relativement à l'acceptation de la femme, comment fallait-il donc qu'il s'exprimât ? Ne manifestait-il pas assez clairement son intention à cet égard, en s'abstenant de reproduire dans l'article 1553 une règle analogue à celle qu'il avait formulée sous l'article 1435 ? Parce qu'il ne l'a pas fait, on en conclut que le concours de l'épouse est quand même indispensable à la perfection du emploi. Cela est véritablement exagéré. On pourrait prétendre le contraire avec autant de logique : si la loi n'exige plus le consentement de la femme, c'est qu'à ses yeux il n'est plus nécessaire.

D'ailleurs la jurisprudence de nos anciens parlements relativement à la nécessité de cette acceptation n'était pas aussi uniforme qu'on a bien voulu le dire. Si quelques-uns en faisaient une formalité substantielle, d'autres considéraient comme suffisante la déclaration d'origine des deniers et du but de l'acquisition. Telle était en particulier la pratique suivie dans le ressort du parlement

de Bordeaux (1). La même doctrine se trouve également formulée dans les arrêts du président Lamoignon : « L'immeuble acquis par le mari chargé par le « contrat de mariage de l'emploi des deniers de la femme « n'appartient point à la femme, encore que le mari soit « devenu insolvable s'il n'y a par le contrat d'acqui-
« sition une déclaration expresse qu'elle a été faite des
« mêmes deniers pour et au nom de la femme, sinon elle
« aura seulement une hypothèque sur les choses
« acquises (2) ».

L'autorité de notre ancien droit ne saurait donc suffire à trancher ce débat. On peut s'en prévaloir dans les deux systèmes. Le silence de l'article 1553 n'est pas non plus significatif. On pourrait également l'invoquer en faveur de l'une ou de l'autre opinion.

Nous croyons plus exact, pour notre part, de reconnaître que ce point est demeuré étranger aux prévisions du législateur. Le régime dotal, il ne faut pas l'oublier, a eu peine à se faire une place dans nos codes; il y a été introduit à la dernière heure, à titre de concession. Son organisation s'en est ressentie; elle est restée rudimentaire. Après avoir permis d'insérer dans le contrat de mariage une clause relative à l'aliénabilité de la dot, le législateur a négligé de tracer les règles du remploi qui en forme en quelque sorte l'appendice, le complément naturel. Il y a là une grave lacune et l'interprète se trouve

1. Lapeyrère. Lettre D. n° 4. *Apostillateur de Lapeyrère*. Lettre H, n° 42.

2. *Arrêts de Lamoignon*. Tit. 32, n° 15.

dans la nécessité de la combler. A l'aide de quels principe doit-il le faire ?

La réponse à cette question variera nécessairement suivant le caractère qu'on assignera à l'acte accompli par le mari lorsqu'il acquiert un immeuble pour sa femme en remplacement d'un bien dotal aliéné.

Y verra-t-on une offre de dation en paiement ? Cette manière d'envisager les choses rendra nécessaire l'intervention de l'épouse, car il est de principe qu'un créancier ne peut recevoir malgré lui autre chose que ce qui lui est dû. La femme avait droit à une somme d'argent, le mari n'a pu la contraindre sans qu'elle y consentit à accepter un immeuble à la place. Mais il est facile d'apercevoir combien un pareil système est contraire à la réalité des faits. Il part de cette idée que le mari a voulu acquérir pour lui d'abord et offrir ensuite à la femme le bénéfice de son acquisition. Ce n'est pas ainsi que les choses se sont passées. Le mari n'a pas agi pour son compte, il a agi pour le compte de la femme ; il a déclaré dans l'acte d'acquisition que l'immeuble qu'il achetait était destiné à lui servir de emploi, qu'il était payé avec des deniers à elle appartenant. Où voit-on ici rien qui ressemble à une offre de dation en paiement ?

Cette première opinion compte aujourd'hui peu de partisans, néanmoins comme elle aboutit à des résultats assez satisfaisants, la jurisprudence entraînée sans doute par ces considérations pratiques l'a reprise sous une autre forme en lui donnant une base un peu différente. Elle reconnaît qu'il n'y a pas dans l'acte du mari l'offre d'une véritable dation en paiement, mais bien plutôt une offre

de remploi. Le mari, après avoir acheté l'immeuble pour lui, propose à la femme de la subroger dans le bénéfice de cet achat. Cette distinction nous paraît bien subtile et nous ferons à ce système le même reproche qu'au précédent. Il ne tient pas un compte suffisant de la volonté des parties. Le mari n'a pas dit : « J'achète pour moi et je consens à ce que l'achat fait pour moi avec des valeurs dotales devienne plus tard un achat fait au nom de ma femme, si elle le désire. » Il a dit : « J'achète pour ma femme avec des deniers provenant de l'aliénation de sa dot et pour lui tenir lieu de remploi. » Cette seconde explication ne nous paraît donc pas plus admissible que la première.

L'acte accompli par le mari n'étant ni une offre de dation en paiement, ni une offre de subrogation, deux solutions restent possibles : on peut le considérer, soit comme l'exécution d'un mandat, soit comme l'accomplissement d'une gestion d'affaires. Au premier cas l'acceptation de la femme n'a pas de raison d'être, car il est de principe que le mandataire ne saurait être désavoué par le mandant lorsqu'il reste dans la limite des pouvoirs qui lui ont été tracés. Au second, on conçoit que l'épouse intervienne pour donner son approbation à l'acte accompli par son gérant.

Cette dernière théorie est, à notre avis, celle qui analyse le mieux la nature de l'opération dans la majorité des hypothèses, c'est-à-dire lorsque le contrat de mariage autorise simplement l'aliénation du fonds dotal à charge de remploi ou encore, comme cela se fait habituellement, confère ce pouvoir d'aliéner à la

femme dûment assistée. Il nous paraît alors impossible de reconnaître au profit du mari l'existence d'un mandat lui permettant d'effectuer seul le remploi.

Le mandat, en effet, ne se présume pas ; il doit être formulé. Or, non-seulement le contrat de mariage est muet à ce propos, mais il dispose, au contraire, que l'aliénation du fonds dotal ne pourra avoir lieu que du consentement de l'épouse et avec son concours. Il est dès lors naturel de penser que ce concours imposé au mari pour vendre, lui sera également nécessaire pour acheter ; autrement, il lui serait facile de promettre à la femme, pour obtenir son assentiment, l'achat d'un immeuble déterminé qu'il se garderait bien de réaliser ensuite. Celle-ci pourra aisément déjouer cette fraude s'il lui est loisible de refuser son acquiescement au remploi sans lequel l'aliénation ne saurait être consommée.

Mais la solution doit être différente, nous semble-t-il, dans les cas exceptionnels où le pacte conjugal confère au mari « *le pouvoir d'aliéner seul les immeubles dotaux à charge de les remplacer.* » Nous pensons alors que l'adhésion de la femme, à moins de convention contraire, ne sera pas nécessaire à la perfection du remploi.

Le contrat de mariage, nous le supposons, contient une clause analogue à la suivante : « Le futur époux pourra aliéner seul les immeubles dotaux à la condition de les remplacer par d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté », suivant la formule parfois consacrée. Or, si cette clause est suffisante pour autoriser le mari à

aliéner seul, et il faut bien reconnaître qu'elle l'est effectivement, pourquoi ne le serait-elle plus pour lui permettre d'acheter sans le concours de sa femme ? En n'établissant aucune différence entre les deux opérations, les parties ont assez clairement manifesté leur intention de les mettre sur le même pied, et si le mandat existe, il doit exister dans un cas comme dans l'autre.

Il ne suffirait pas pour démontrer son inexistence de remarquer comme on l'a fait qu'il repose tout entier sur une idée de confiance alors que le remploi est le produit d'un sentiment de défiance. Cela n'a rien de décisif, car la confiance du mandant vis-à-vis de son mandataire n'est pas nécessairement aussi absolue qu'on semble le croire, Elle est au contraire susceptible de degrés. Le commettant reste libre d'imposer à son fondé de pouvoirs telles restrictions qu'il juge convenables et la femme ne fait pas autre chose en stipulant une clause de remploi.

Objecterait-on qu'avec un pareil système les intérêts de l'épouse vont être sacrifiés ? Que le mari va pouvoir acquérir un immeuble de valeur dérisoire et conserver pour lui la différence entre le prix de vente et le prix d'achat ? Nous répondrons qu'il eût été facile à la femme de se mettre en garde contre une pareille éventualité en exigeant sa participation à l'acte de remploi et qu'elle est en faute de ne l'avoir pas fait. D'ailleurs le danger qu'on paraît tant redouter nous semble tant soit peu imaginaire. S'il existe un écart sensible entre la valeur de l'immeuble aliéné et celle de l'immeuble acquis en remplacement, c'est le plus souvent parce qu'il y aura eu dol ou tout au moins faute de la part du mari. Dans un cas

comme dans l'autre sa responsabilité se trouvera engagée, car le mandat doit être exécuté de bonne foi (art. 1992).

La femme pourra même recourir contre le tiers acheteur et faire révoquer la vente du fonds dotal. Il lui suffira pour cela d'établir l'insuffisance du remploi.

102 bis. Les conséquences du système que nous venons d'exposer sont faciles à apercevoir. La propriété de l'immeuble acquis en remplacement se fixe sur la tête de la femme dès l'instant de l'acquisition. Les tiers n'ont plus à craindre qu'elle le refuse par un caprice inintelligent ou obstiné. Il entre dans son patrimoine avec le caractère dotal. S'il vient à périr il périt pour elle; en sens inverse, elle profite des accroissements de valeur qu'il pourrait prendre. Le mari n'en ayant jamais eu la propriété n'a pu en disposer en aucune façon et les droits qu'il aurait consentis dessus à un tiers devront être considérés comme non-avenus. Enfin, un seul droit de mutation sera dû à l'enregistrement, puisqu'il n'y a eu qu'une seule transmission de propriété.

On aboutit à des déductions sensiblement analogues si l'on considère le mari comme un gérant d'affaires. Par son acceptation la femme s'approprie alors les actes qu'il a passés pour elle et est réputée avoir traité directement avec le vendeur : *Ratihabito mandato equiparatur*.

Au contraire, l'adoption de la théorie qui analyse le remploi comme une offre de dation en paiement engendre des effets tout différents. Le droit de l'épouse ne produit dans ce cas aucun effet rétroactif; elle ne devient propriétaire de l'immeuble acquis en remplacement que

du jour de son acceptation. Jusque-là le mari a pu en disposer ; il a pu le grever de droits réels, et elle se trouve dans la nécessité de les respecter puisqu'elle est son ayant-cause directe. Il y a eu par cela même une double transmission de propriété, ce qui donnera lieu à la perception d'un double droit de mutation.

L'opinion qui voit dans l'acte du mari une offre de subrogation, emprunte aux conséquences des deux systèmes précédents. Elle accorde à l'acceptation de la femme une certaine rétroactivité, en ce sens que les droits qui se sont assis sur l'immeuble proposé en remploi, du chef de son mari et indépendamment de sa volonté, comme les hypothèques légales ou judiciaires, devront être considérés comme non-avenus à son égard. Mais elle reconnaît en même temps que l'épouse devra respecter ceux qu'il a volontairement consentis parce qu'il est resté libre de révoquer son offre tant qu'elle ne l'a pas acceptée et qu'il ne fait pas autre chose en aliénant l'immeuble ou en le grevant de droits réels. Elle admet enfin qu'il n'y a qu'une seule mutation de propriété du vendeur primitif à la femme dont cette dernière sera censée tenir ses droits si le mari n'a pas rétracté son offre avant qu'elle n'ait pris parti.

103. — En l'absence de conventions particulières, l'acceptation de la femme, à supposer qu'elle soit indispensable, n'est assujettie à aucune forme particulière, elle s'accomplira indifféremment soit par acte authentique soit par acte sans signatures privées.

Il ne paraît pas non plus nécessaire qu'elle soit faite en termes formels. Si les parties n'ont rien spécifié à cet

égard, c'est qu'elles ont entendu se référer au droit commun; or d'après le droit commun une acceptation expresse n'est pas nécessaire, il suffit qu'elle soit tacite.

L'adhésion de l'épouse s'induit donc suffisamment d'actes qui la feront supposer, comme sa présence ou mieux encore l'apposition de sa signature au contrat d'acquisition. Il serait difficile d'interpréter autrement son concours dans cette circonstance puisqu'il n'était pas nécessaire à la validité de cet acte. Evidemment elle n'y est intervenue que parce qu'elle a entendu accepter pour elle l'achat fait par son mari (1).

104. — Enfin il n'est pas indispensable que cette adhésion de la femme soit contemporaine de l'acquisition opérée par le mari; elle pourra utilement intervenir à une époque ultérieure et être faite par acte séparé. Il faut en effet que l'épouse puisse agir en connaissance de cause, qu'elle ait le temps de peser les avantages et les inconvénients du remploi qu'on lui propose, ce qui demande nécessairement un certain temps de réflexion. Il serait à la fois contraire à l'intention des parties et à l'esprit du régime dotal d'exiger une déclaration immédiate, car elle conduirait à retourner contre la femme une clause qui a précisément été stipulée dans son intérêt.

105. — On s'accorde aussi généralement pour reconnaître que l'autorisation maritale ne sera pas nécessaire à la validité de cette acceptation. En vain objecterait-on que la femme est incapable d'acquérir seule (art. 217), que la nécessité de l'assistance de son mari se trouve du

1. Voyez en ce sens. Riom, 9 mars 1880. D. 82, 2, 3.

reste pleinement justifiée par cette considération que l'immeuble a pu baisser de valeur dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis son acquisition ; qu'il devient dès lors utile de la protéger contre son inexpérience qui la conduirait peut-être à accepter une opération désavantageuse.

Ces raisons ne nous paraîtraient pas concluantes. Le mari, nous avons essayé de le montrer, a opéré dans l'espèce pour le compte de la femme en qualité de gérant d'affaires ou de mandataire ; il serait contradictoire à notre avis de le faire intervenir comme auteur dans la suite d'une opération où il a agie comme ayant-cause. On invoque la protection due à l'épouse, mais cette protection nous semble précisément exiger qu'elle puisse se passer ici de l'assistance maritale. Il y aurait lieu de craindre en effet, que le mari se trouvant placé en cette circonstance entre son devoir et son intérêt ne sacrifie le premier au second, et que si l'opération présente des avantages parce que l'immeuble a pris une plus-value, il ne refuse, pour en conserver le bénéfice, une autorisation qu'il ne manquerait pas d'accorder dans le cas contraire.

106. — L'agrément de la femme restant nécessaire en principe, à la perfection du emploi, tant qu'elle n'a pas pris parti l'opération reste en suspens et la situation du mari présente alors assez d'analogie avec celle d'un propriétaire sous condition résolutoire. La condition résolutoire consiste dans la faculté d'accepter le emploi qui appartient à l'épouse. Cette condition vient-elle à défaillir, le mari reste propriétaire incommutable de l'immeuble ; les charges dont il l'a grevé, les aliénations qu'il en a

consenties, devront être respectées. Au contraire la condition se réalise-t-elle, la femme ayant usé de son droit d'option, il est censé n'en avoir jamais eu la propriété et tous les droits qui se sont assis sur lui de son chef se trouvent rétroactivement anéantis. Cet immeuble est alors réputé faire partie du patrimoine de la femme dès l'instant de son acquisition ; il a revêtu dès lors le caractère juridique de l'immeuble dont il occupe la place et participé aux privilèges et aux immunités attachés à la dot. L'aliénation du fonds dotal se trouve consolidée par le même fait et l'acquéreur à l'abri du danger d'éviction que lui faisait courir l'inexécution du emploi.

107. — Ce droit d'option accordé à l'épouse est de nature à engendrer des abus d'autant plus graves qu'il n'est pas limité. Elle ne va pas manquer d'attendre que les chances de l'opération se soient dessinées avant de prendre parti, se qui laissera les tiers dans une incertitude fâcheuse. Peut-être même refusera-t-elle systématiquement les emplois qu'on lui propose. C'est au contrat de mariage à atténuer ces inconvénients en imposant des limites à son choix et en permettant par exemple au mari d'en appeler aux tribunaux d'un refus non justifié. Si le pacte conjugal ne contient à ce sujet aucune disposition particulière, le mari fera bien de ne pas vendre l'immeuble dotal ou du moins de ne pas le remplacer, sans s'être préalablement assuré que ce remplacement sera agréé par sa femme. Il s'exposerait autrement à ce que l'acquisition reste à son compte. Quant au tiers acheteur, il agira sagement en prenant des précautions analogues et en ne traitant avec conjoints qu'autant qu'il se

croira certain de l'acceptation ultérieure de l'épouse au remploi qui lui sera offert. Il pourra aussi convenir que faute par elle d'avoir fait connaître sa décision dans un certain délai, le contrat de vente sera résolu de plein droit. Dans tous les cas, il lui sera loisible de ne pas payer son prix ou de le laisser à la Caisse des dépôts et consignation tant qu'on ne lui aura pas justifié d'un remplacement effectué conformément aux prescriptions du contrat de mariage.

108. — Mais il nous paraît impossible de reconnaître au mari ou au tiers acquéreur le droit de vaincre la résistance obstinée de la femme en s'adressant aux tribunaux pour les faire juges de la légitimité de son refus. Certains auteurs cependant sont allés jusque-là. « Si la femme refuse d'accepter, dit M. Jouitou, le mari, le tiers débiteur qui a payé (ou qui a droit d'exiger sa libération en forçant à recevoir le paiement) ont action contre elle. Aux tribunaux alors d'apprécier si la femme est ou non fondée dans sa résistance... Il n'est pas admissible qu'il dépende d'elle d'empêcher par pure obstination qu'il y ait emploi ou remploi, parce que dans le contrat de mariage, il y a en effet une convention qui la lie. Le mari a droit à un immeuble dotal. La femme le lui doit et les tribunaux ne pourraient délier la femme de son obligation (1). »

La valeur de l'intervention judiciaire en cette circonstance nous paraît contestable. Elle se justifie sans

1. *Etude sur le système du Régime dotal sous le Code civil*, n° 321.

doute par de fortes considérations pratiques, mais nous ne croyons pas que les juges aient reçu mission d'imposer à l'épouse un emploi qui ne lui conviendrait pas, quand bien même elle n'aurait pas de raisons plausibles de le refuser. Nous ne le croyons pas, parce que le contrat de mariage n'ayant mis aucune limite à son droit d'option, ce serait en violer ouvertement l'esprit que de permettre aux tribunaux de substituer leur volonté à la sienne.

Dans tous les cas, il nous paraît impossible de reconnaître, avec M. Jouitou, que le vendeur de l'immeuble offert en remplacement ait qualité pour mettre la femme en demeure de donner son acquiescement à l'acquisition qu'on lui propose. Le défaut de emploi n'engage sa responsabilité en aucune manière et nous ne voyons pas sur quoi il pourrait se fonder pour en exiger la réalisation (1).

109. — L'acceptation de l'épouse est irrévocable en principe. Toutefois elle pourrait être rescindée si elle était entachée d'un vice de droit commun ; dol, erreur, violence, ou si elle portait sur un emploi insuffisant, à l'époque où elle est intervenue. Inutilement, objecterait-on, qu'en vertu de la maxime : *Ratihabitio mandato æquiparatur*, la femme se trouve dans l'impossibilité d'inquiéter les tiers qui ont traité avec son mari, qu'elle est obligée au contraire de respecter les actes qu'il a accomplis dans la limite de ses pouvoirs, que c'est là un principe nécessaire, indiscutable. Nous répondrions qu'il n'est pas moins indiscutable que la protection dont le législateur a entouré la

1. Jouitou. *op. cit.*, N° 320-321.

femme dotale lui interdit de porter atteinte directement ou indirectement à la conservation de sa dot et qu'il ne saurait dépendre d'elle d'en altérer l'intégrité par l'acceptation d'un remploi insuffisant. La Cour de Rouen a jugé en ce sens, avec raison selon nous : « que l'acquéreur d'un « bien dotal aliénable à charge de remploi était fondé « dans son refus de payer le prix pour cause de rempla- « cement insuffisant bien que la femme eût déclaré se « contenter de ce remplacement » (1).

SECTION IV

En quels biens le remploi doit-il être fait.

110. — Les futurs époux à qui il eût été loisible de permettre l'aliénation du fonds dotal sans condition de remploi, sont libres de prescrire de quelle manière ce remploi devra être effectué.

Ils feront bien de ne pas s'en tenir à quelques indications vagues et de bien préciser leur pensée, afin de ne laisser place à aucune équivoque. Le meilleur sera de désigner nominativement quels biens pourront être utilisés à cet effet.

Assez ordinairement le contrat de mariage donnera au mari une certaine latitude, lui laissant le choix entre une acquisition d'immeubles ou de valeurs mobilières immobilisées ou présentant de sérieuses garanties, telles

1. Rouen, 3 mars 1841. D. R. P. 1841. 2.

que : actions de la Banque de France, rentes sur l'État, obligations des grandes lignes des chemins de fer français, obligations du Crédit Foncier de France, de la ville de Paris, etc. Les titres de ces valeurs achetées en remplacement seront alors mis au nom de l'épouse et porteront mention de leur origine et de leur dotalité.

Il pourra aussi être convenu que les deniers à provenir des aliénations dotales seront utilement employés, soit en placements hypothécaires, soit à l'acquit des dettes de la femme, antérieures au mariage ou grevant des successions qui lui seraient échues pendant sa durée.

Lorsque les futurs conjoints auront pris soin de déterminer ainsi les conditions du emploi, il n'y aura qu'à se conformer à la lettre du contrat de mariage qui contient l'expression de leur volonté. Mais il arrivera parfois que tout en autorisant l'aliénation de biens dotaux à charge de remplacement, ils n'aient rien indiqué sur la manière dont ce remplacement devrait être effectué ou que leurs indications à cet égard soient insuffisantes.

On s'accorde alors en général pour reconnaître que le emploi devra réunir les qualités suivantes :

1° Consister en immeubles ou en valeurs réputées équivalentes par la loi, offrant à la femme une sérieuse garantie ;

2° Représenter en valeur l'immeuble aliéné.

1° *Le remploi devra consister en immeubles ou en valeurs mobilières immobilisées.*

III. — Cette première condition se justifie facilement étant donné le but du remploi qui est de conserver à la dot sa nature immobilière.

Il n'est cependant pas nécessaire que les immeubles acquis soient de même nature que les immeubles aliénés. Dans le silence du contrat les deniers dotaux pourront être employés, soit en actions de la banque de France, immobilisées par décret du 16 janvier 1808, soit en rentes sur l'État français.

La validité de ce second mode de placement qui avait soulevé quelques doutes sous l'empire du Code civil ne saurait plus être sérieusement contestée aujourd'hui en présence des lois du 2 juillet 1862 et des 16 et 20 septembre 1871.

La première déclare expressément « que les sommes
« dont le placement ou le remploi en immeubles est
« prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par
« un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre-
« vifs ou testamentaire peuvent être employées en rentes
« 3 0/0 de la dette française, à moins de clause con-
« traire. »

La seconde élargissant encore le cercle de ces modes d'emploi, donne une plus grande latitude aux parties, et autorise non plus seulement les placements en rentes 3 0/0 mais en rentes françaises de toute nature.

Pour qu'il en soit autrement, il faudrait, dit la loi, que

les époux aient expressément manifesté leur volonté par une *clause contraire*.

112. — Dans quels cas y aura-t-il *clause contraire* ? C'est là une question délicate. Les juges du fait pour la résoudre auront à rechercher avant tout l'intention probable des contractants, ce qui ne sera pas toujours facile. Que décider, par exemple, si le pacte matrimonial exige un emploi en « *immeubles de même nature* » des immeubles corporels composant la dot ? Cette convention suffit-elle pour exclure les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France ? La Cour de Caen a décidé la négative, mais cette opinion nous paraît critiquable (1). Les futurs époux dans l'espèce avaient suffisamment indiqué leur volonté d'ajouter aux exigences de la loi en spécifiant quels biens pourraient être utilisés en remplacement. Et on ne saurait raisonnablement soutenir qu'un titre de rente constitue un immeuble de la même nature qu'une maison ou un fonds de terre puisque la loi elle-même prend soin de les distinguer.

A plus forte raison en serait-il de même si le contrat de mariage portait que le emploi devra être fait en immeubles pour une certaine partie et en rentes sur l'État pour le surplus. La Cour de Paris a cependant jugé le contraire (2).

Elle a motivé son arrêt par cette considération que si le contrat de mariage avait prescrit un remplacement en immeubles pour la totalité du prix d'aliénation la loi du

1. Caen, 8 janvier 1872, S. 72, 2, 49.

2. Paris, 1863, S. 1863, 2, 179.

2 juillet 1862 serait incontestablement applicable, et qu'il n'y avait pas de bonnes raisons de se montrer plus rigoureux lorsque ce mode de remploi n'avait été stipulé que pour partie (1).

Cette interprétation nous semble inexacte. Sans doute dans la majorité des cas un placement en rentes sur l'État présentera pour la femme des garanties égales sinon supérieures à une acquisition immobilière. On conçoit néanmoins qu'elle préfère des immeubles, ne serait-ce que pour se soustraire aux éventualités d'une conversion possible.

Qu'on ne dise pas que la loi mettant ces deux modes de remploi sur le même pied, il est raisonnable de penser que les futurs conjoints ont également voulu les assimiler. Qu'il en soit ainsi lorsque le contrat de mariage est muet on se borne à autoriser un remplacement en immeubles, nous n'y contredisons pas, mais cette assimilation doit cesser devant la manifestation d'une volonté contraire. Or cette volonté n'apparaissait pas douteuse dans l'espèce, puisque les parties avaient expressément stipulé que le remploi devrait se faire en immeubles pour quatre cinquièmes. Permettre de l'effectuer en rentes sur l'État pour la totalité n'était-ce pas réduire à une lettre morte cette partie du pacte conjugal?

Nous n'établirons à cet égard aucune distinction suivant que le contrat de mariage a été passé antérieurement ou postérieurement à la loi de 1862. En vain objecterait-on que les futurs époux en stipulant un remploi en immeubles de même nature dans la première hypothèse, ont simplement voulu exclure les immeubles par destination ou par

l'objet auquel ils s'appliquent et non les rentes sur l'État qui n'étaient pas encore immobilisées. Sans doute, s'ils avaient manifesté leur volonté sur ce point d'une façon certaine il faudrait s'y conformer. Mais il serait dangereux, croyons-nous, de leur prêter une intention qu'ils n'ont peut-être pas eue et lorsque le contrat de mariage prescrit une acquisition en immeubles de même nature pour remplacer le fonds dotal aliéné, il nous semble que ce serait en violer les termes que de se contenter d'un simple placement en valeurs immobilières.

L'acquisition de rentes sur l'État ne nous paraîtrait pas non plus suffisante si le contrat de mariage ordonnait un emploi en *immeubles réels*, ou bien en *immeubles ruraux*, ou encore en *immeubles situés dans tel ou tel arrondissement* (1).

Ces clauses indiquent suffisamment que les futurs conjoints ont voulu un emploi en immeubles corporels.

113. — Les biens acquis en remplacement doivent présenter à la femme une entière sécurité, être libres de droits réels et se trouver à l'abri de toute cause d'éviction.

Il a été jugé par application de ces principes que l'immeuble acquis dans un partage d'ascendant n'offrait pas une garantie suffisante parce que ce partage est susceptible d'être annulé pour cause de survenance d'enfant (2).

1. Voy. Rouen, 18 janvier 1870, S. 72, 2, 5. — Caen, 26 janvier 1872, S. 72, 2, 49.

2. Rouen, 20 décembre 1873, S. 75, 2, 234.

De même encore un immeuble grevé du privilège des copartageants, soumis à une action résolutoire ou rescissive, ne pourrait constituer un emploi utile.

114. — Il n'est pas nécessaire toutefois que le bien acquis en remplacement soit la propriété d'un tiers. Le mari lui-même peut céder à son épouse un de ses immeubles à titre de remploi. L'article 1595 a eu spécialement en vue cette hypothèse et la généralité de ses termes permet de l'appliquer aussi bien au régime dotal qu'au régime de communauté. On pourrait objecter, il est vrai, que les immeubles du mari ne réunissent pas toutes les conditions constitutives du remploi puisqu'ils sont grevés de l'hypothèque légale de la femme. L'objection ne serait pas toujours fondée, car il se peut qu'ils aient été affranchis pour partie de ce recours hypothécaire soit par suite d'une restriction (art. 2140), soit par suite d'une réduction (art. 2144). Rien ne s'oppose alors à ce que le mari offre en remploi à la femme ceux de ses immeubles ainsi dégrevés. De quoi se plaindrait-elle ? Ne se trouve-t-elle pas placée dans la même situation que si le mari avait acquis ces immeubles d'un étranger ?

Nous donnerons la même solution au cas où l'épouse n'aurait d'autres reprises à exercer que celles provenant de l'aliénation des biens dont il s'agit de remployer le prix. Ici encore, l'immeuble du mari entre dans son patrimoine affranchi de l'hypothèque légale puisque le remploi a précisément eu pour effet d'éteindre cette hypothèque.

Mais il en serait différemment si la femme avait d'au-

tres causes de recours contre son mari, soit parce qu'elle a des paraphernaux, soit parce qu'elle possède d'autres biens dotaux. Elle ne pourrait plus dans ce cas accepter en remplacement l'immeuble qu'on lui propose car ce serait diminuer d'autant l'étendue du gage affecté au paiement de ses créances et restreindre par là-même son hypothèque légale ce qu'il lui est interdit de faire sans remplir les formalités prescrites par les articles 2143 et suivants.

115. — L'acte qui attribuerait le caractère dotal à un immeuble paraphernal ne suffirait pas non plus à constituer un remploi utile. Un bien paraphernal en vertu des conventions matrimoniales l'est d'une façon irrévocable ; il ne peut perdre cette qualité qu'en sortant du patrimoine de la femme. D'autre part, celle-ci ne peut se vendre à elle-même un bien dont elle est déjà propriétaire. Enfin un tel mode de remploi ne donnerait pas aux tiers débiteurs des deniers à employer toutes les sûretés qu'ils sont en droit d'exiger. On sait que la validité de leur acquisition dépend de la validité du remploi. Ils ont par suite le plus grand intérêt à ce que l'immeuble utilisé à cet effet soit libre et affranchi de toutes charges ou hypothèques, ce qu'ils obtiendront en faisant la purge. Or cette purge n'est pas possible dans l'espèce, puisqu'elle suppose une aliénation et que l'immeuble ici n'a pas changé de mains.

Ce dernier motif a été bien mis en relief par un arrêt de la Cour de Caen.

Une somme de 56.000 francs était due à une dame de Laroque par les époux Chéron. Aux termes de son con-

trat de mariage, la dame Laroque ne pouvait exiger le versement de cette somme qu'à charge de justifier d'un bon et valable remplacement.

Elle prétendit effectuer ce remplacement en dotalisant un de ses paraphernaux, mais la Cour repoussa cette prétention : « Considérant qu'aux termes de l'article 834 C. pr., le droit des créances hypothécaires de requérir inscription sur les immeubles qui leur sont affectés ne peut s'éteindre que par le défaut d'accomplissement de cette formalité dans la quinzaine de la transcription de l'acte translatif de propriété des fonds grevés ; que sans un acte translatif de propriété il n'y a donc pas de transcription qui puisse opérer la purge des hypothèques occultes ; que le caractère d'un acte translatif de propriété ne se rencontre pas dans l'opération proposée par la dame de Laroque, puisque cette dame ne peut se vendre à elle-même une propriété qui lui appartient déjà : qu'inutilement on prétend distinguer dans la dame Laroque deux personnes, la femme dotale et la femme paraphernale, dont l'une serait censée vendre à l'autre ; que ce sont-là des fictions qui ne s'appuient sur aucun texte de loi, et qui, par cela même n'ont aucun privilège d'existence ; que dès lors ni la transcription ni les autres formalités indiquées dans les conclusions de la dame de Laroque n'empêcheraient que le remplacement offert ne restât soumis à l'éventualité de recherches hypothécaires, ce qui suffit pour en justifier le refus de la part des époux Chéron... » (1).

1. Caen, 6 mars 1848. D. 49, 2, 32. — Voy. aussi Guillouard, IV, n° 1963. — Aubry et Rau, V. § 537, note 81, p. 579.

116.— La condition de remploi se trouverait-elle remplie si les époux, après avoir vendu l'immeuble dotal, en avaient utilisé le prix à payer les dettes de la femme antérieure au mariage en grevant une succession qui lui est échue pendant sa durée, à titre dotal ?

La question s'est plusieurs fois présentée devant les tribunaux et en particulier devant la Cour de Caen dans l'espèce suivante. Une femme s'était constitué en dot ses biens présents et à venir avec faculté de les aliéner moyennant remploi. Au cours du mariage elle recueillit de sa mère plusieurs immeubles qui furent vendus de gré à gré pour solder le passif de la succession. Cette adjudication consentie sous l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1558-4^e était-elle valable. La Cour le décida pour ce motif : « Qu'il est de principe que dans
« toutes les successions recueillies par une femme mariée
« sous l'empire du régime dotal, il n'y a réellement pour
« elle de dotal que ce qui reste les dettes payées, que
« par conséquent la femme a le droit de vendre les biens
« qu'elle a ainsi recueillis afin de les dégager des dettes
« qui les grevent au moment où la succession s'est ouverte » (1).

117. — Nous repoussons cette interprétation. Elle fait à notre avis une fausse application de la maxime « *Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno* ». Cette règle nous paraît ici hors de cause et doit rester étrangère au

1. *Caen*, 19 juin 1852, S. 56, 2, 131. — Voy. dans le même sens. *Pont-Audemer*, 16 mars 1855, S. 56, 2, 135. — *Rouen*, 19 août 1852, S. 56, 2, 136.

débat. Elle signifie qu'il n'y aura d'actif à partager qu'autant que les créanciers de la succession auront été désintéressés; elle ne dit pas si les biens du défunt qui ont passé dans le patrimoine de l'héritier dès l'instant du décès ou de l'envoi en possession (art. 724), y sont entrés avec telle ou telle qualité, s'ils sont dotaux pour la totalité ou pour partie seulement. Lui donner une pareille portée serait en forcer le sens et l'étendre en dehors de son champ d'application.

Ce serait aussi enlever à la femme la meilleure part des sûretés qu'elle trouve dans le régime dotal puisque rien ne viendrait garantir l'existence des dettes qui ont servi de prétexte à l'aliénation. La loi l'a si bien compris qu'elle exige dans cette hypothèse des formalités spéciales. L'interprétation de la Cour de Caen ne tend rien moins qu'à rendre ces formalités inutiles en effaçant une disposition de l'article 1558. Cela doit suffire à la faire condamner.

Dira-t-on que les prescriptions de l'article 1558 requises à peine de nullité sous le régime dotal pur, n'ont plus de raison d'être, lorsque l'aliénation de la dot a été permise par le contrat de mariage? Certains arrêts ont envisagé ce nouvel aspect de la question. C'est le seul à notre avis sous lequel elle mérite d'être discutée.

Il n'est pas douteux que les époux puissent utiliser les deniers dotaux à payer les dettes de la femme, si la faculté d'aliéner a été stipulée purement et simplement; ils en ont alors la libre disposition et peuvent en faire tel usage qu'ils jugent convenable.

Mais il faut donner une solution différente, si cette

faculté est conditionnelle et que la validité de la vente ait été subordonnée à la validité d'un remplacement. La difficulté se ramène alors au point de savoir si l'affectation des valeurs dotales au désintéressement des créanciers de la femme peut former l'équivalent de ce emploi prescrit par le contrat de mariage.

La même question peut se poser à propos de chacune des hypothèses prévues par l'article 1558.

Le fait d'avoir dépensé les deniers dotaux pour fournir des aliments à la famille, ou tirer le mari de prison, ou faire de grosses réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal, constitue-t-il un emploi suffisant?

Nous ne le pensons pas. S'il est vrai de dire « qui paye ses dettes s'enrichit », il serait inexact d'affirmer « qui paye ses dettes acquiert ». En insérant dans le pacte conjugal une clause de emploi, les contractants ont voulu mettre un correctif à la brèche qu'ils faisaient au principe de l'inaliénabilité, ils ont voulu assurer la conservation de la dot tout en permettant de la transformer. Pour cela, il ne suffit pas d'affecter les deniers dotaux à une destination utile. Un pareil emploi donnerait trop souvent prise à la fraude et les époux arriveraient facilement à dissiper la dot en simulant des établissements fictifs ou en prétextant des dettes imaginaires. Dans tous les cas, rien ne viendrait garantir à l'acquéreur la sincérité du emploi, et on comprend qu'il consente difficilement à payer son prix dans de telles conditions.

118. — Aussi pour obvier à ces difficultés pratiques, a-t-on quelquefois recours à l'expédient suivant. Une femme

a besoin d'argent, soit pour payer des dettes antérieures au mariage, soit pour pourvoir à l'établissement d'enfants communs. Elle pourrait se faire autoriser par justice à vendre un de ses immeubles, mais il faudrait remplir préalablement les formalités prescrites par l'article 1558. Pour abrégér, elle commence par vendre cet immeuble de gré à gré et déclare à l'acquéreur qu'elle en utilisera le prix, soit à désintéresser ses créanciers, soit à établir ses enfants. Celui-ci s'y refuse pour la forme tout au moins. La femme s'adresse alors au tribunal qui par un jugement généralement passé d'accord, approuve l'emploi du prix et condamne l'acheteur à le payer, tout en le déchargeant des frais de l'instance à cause des doutes légitimes qu'il a pu concevoir sur la validité du mode de remplacement qui lui était proposé.

Ce jugement suffit-il à faire disparaître les vices dont l'opération peut se trouver entachée. Nous ne le pensons pas. Si le remploi est suffisant, l'acquéreur se trouve en sûreté et l'intervention de la justice ne lui procure aucune garantie nouvelle ; s'il ne l'est pas, comment pourrait-il dépendre des juges de couvrir par une sorte de ratification postérieure la nullité d'une vente consentie en dehors des cas prévus par le contrat de mariage et sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1558 ?

119. — Il ne nous paraît pas non plus que les époux puissent satisfaire aux exigences des conventions matrimoniales ordonnant le remploi en vendant l'immeuble dotal à fonds perdu ou moyennant une rente viagère. Le pacte conjugal veut que la dot se retrouve intacte à la dissolution du mariage et non pas qu'elle se consume

sous la forme d'arrérages. Si l'aliénation à fonds perdu présente des avantages pour les conjoints, s'ils éprouvent le besoin d'augmenter leurs revenus à raison de leur âge, de leurs infirmités, qu'ils demandent l'autorisation de justice; l'article 1558-3° a précisément été écrit en vue de cette hypothèse qu'il est impossible par contre de faire rentrer dans les prévisions du contrat de mariage (1).

2° *Le remploi doit absorber la totalité du prix de l'immeuble aliéné et présenter une valeur équivalente.*

120. — Sans cela la conservation de la dot ne serait assurée que pour partie. Et ce n'est pas seulement la somme indiquée dans le contrat de vente qui doit être remployée mais la somme que le mari a perçue en réalité, soit comme prix principal, soit à titre d'accessoires, pots-de-vin, épingles, coiffe, etc.

S'il a frauduleusement diminué la valeur réelle de l'immeuble vendu ou augmenté celle de l'immeuble acquis en remplacement, la femme aura de ce chef une action contre lui et pourra même, après la séparation de biens demander la nullité de l'opération en se fondant sur ce que la condition de remploi n'a pas été observée.

Toutefois il ne suffirait pas que l'immeuble acheté ait subi une dépréciation postérieurement à son acquisition pour motiver une pareille demande, il est nécessaire que cette moins-value ait existé au moment de l'achat. De

1. En ce sens Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 82, p. 579. Guillouard, IV, n° 1964. — Cassation, 23 juin 1846. D. 46. I, 332. En sens contraire : Troplong, IV, n° 3399. Caen, 17 juillet 1845. S. 48, 2, 134.

même aussi c'est au moment de la vente qu'il faudra se placer pour apprécier la valeur du fonds dotal aliéné.

121. — La nécessité de remployer l'intégrité du prix de l'immeuble vendu a soulevé une difficulté en ce qui concerne le paiement des frais qu'entraîne le remploi. Ces frais doivent-ils être mis au compte de la femme, du mari ou du tiers acquéreur ?

La question ne paraît pas douteuse si le bien acquis en remplacement n'a pas été accepté par la femme dans les cas où cette acceptation était nécessaire à la perfection du remploi. Il faut alors s'en référer au droit commun, et l'article 1593, qui oblige l'acquéreur à payer les frais d'actes et autres accessoires, trouve dans ce cas son application toute naturelle. L'opération intéresse le mari, il est juste qu'il en supporte les charges. Il n'y a pas eu alors de remploi proprement dit, mais un simple projet non réalisé.

Faudra-t-il appliquer les mêmes principes si le remploi est régulier, s'il a été accepté par la femme ? Et l'épouse dans ce cas devra-t-elle payer les frais de l'opération ? On l'a nié, bien à tort selon nous. A qui donc faire supporter ces frais si ce n'est à elle ? Au tiers acquéreur ? Cela serait dérisoire, car s'il les paye, il payera l'immeuble moins cher. Au mari ? Un texte nous paraîtrait nécessaire pour motiver une aussi grave dérogation au droit commun et ce texte n'existe pas.

Mais dit-on, avec un pareil système, une partie des valeurs dotales sera absorbée par les frais et loyaux coûts du contrat à chaque aliénation ; si on suppose plusieurs aliénations successives, la dot finira par se trouver

réduite à des proportions minimales. Cette objection ne saurait nous arrêter. Il est possible que la femme possède des biens paraphernaux sur lesquels il lui sera facile de prélever ces frais. D'ailleurs l'opération peut présenter pour elle de sérieux avantages. Peut-être l'immeuble acheté a-t-il une valeur supérieure à l'immeuble aliéné. Dans tous les cas, il donne à la dot une stabilité, une sûreté, qui compensent largement les déboursés qui ont été nécessités par son acquisition.

Sous le régime de communauté personne ne doute que ces frais ne soient à la charge de l'épouse. Pourquoi la femme dotale aurait-elle sur ce point une situation différente de celle de la femme commune en biens? En définitive, ce n'est ni au mari ni au tiers acheteur que profite le remploi, mais à elle seule. Il est juste qu'elle en subisse les charges puisqu'elle en a les avantages : *ubi emolumentum, ibi onus*.

SECTION V

Quand le remploi doit-il être fait.

122. — A moins de stipulation contraire le mari peut effectuer le remploi pendant toute la durée du mariage. Assez souvent le pacte conjugal fixera un délai plus court et renfermera l'action du mari dans des limites plus étroites. Il sera convenu par exemple que les immeubles dotaux pourront être vendus à charge d'être remplacés par d'autre dans les trois mois ou dans les six mois qui suivront l'aliénation.

Cette clause n'est pas rigoureusement obligatoire et ne doit pas être prise à la lettre. On admet sans difficulté que l'inexécution du remploi dans le délai indiqué n'entraîne pas la nullité de la vente si le contrat de mariage n'en dispose autrement. En effet, l'autorisation de vendre subsistant même après l'expiration de ce délai, il serait loisible aux époux de passer une nouvelle vente, soit de confirmer la première. Or, la réalisation du remploi faite après coup, équivaut en réalité à cette confirmation (1).

Est-ce à dire qu'une pareille stipulation soit dépourvue de toute utilité? Non pas. A l'expiration du laps de temps fixé pour l'exécution du remploi, si le mari refuse de le réaliser, la femme triomphera de sa résistance en se faisant autoriser à l'effectuer elle-même. Il lui serait plus difficile d'obtenir cette autorisation si les conventions matrimoniales n'avaient établi aucun terme de rigueur, le mari pouvant alors différer intentionnellement le remploi sous prétexte qu'il est juge de son opportunité et qu'il attend une occasion favorable pour l'accomplir.

En second lieu, et ce sera la plus grande utilité de notre clause, le tiers acquéreur poursuivi à l'effet de restituer le bien dotal irrégulièrement aliéné ne pourra plus, après l'expiration de ce délai, paralyser l'action de la femme en lui offrant son prix et en la mettant en demeure d'exécuter un remploi qu'elle ne voudrait plus faire.

1. Benech. *De l'emploi et du remploi*, n° 89. — Aubry et Rau. V. § 537, texte et note 83. — Troplong. IV. N° 3418. — Guillouard. IV. N° 1968. — Nîmes, 9 août 1842. S. 43-2-73. — Rouen, 21 juin 1845. S. 46. 2-334.

123. — Ordinairement la vente de l'immeuble dotal précèdera l'achat de l'immeuble acquis en remplacement, mais l'opération contraire ne nous paraîtrait pas impossible.

Certains auteurs ont cependant contesté en droit la validité du remploi anticipé. Ils ont invoqué l'article 1434 placé, il est vrai, au titre de la communauté, mais l'un de ceux qu'on est le plus d'accord d'étendre au régime dotal. Son texte, disent-ils, résiste à la possibilité d'un remplacement éventuel. « Il répugne à la nature
« même des choses, ajoute Toullier, de remployer un
« prix qui n'existe pas, qui ne peut pas être connu, de
« mettre une chose à la place d'une autre qui n'est pas
« déplacée qui tient encore sa place (1). »

La même doctrine a été consacrée par quelques arrêts (2). Toutefois la jurisprudence n'a pas persévéré dans cette voie et s'est fixée avec raison dans le sens de l'opinion contraire qui est aussi celle des auteurs les plus récents (3).

Les articles 1434 et 1435 supposent, il est vrai, une aliénation précédant le remploi. C'est l'ordre naturel des choses. Mais cette simple prévision n'a aucun caractère impératif, elle n'est pas obligatoire pour les parties et rien

1. Toullier, tome I, p. 12. N° 370. Adde Odier; tome I, p. 326.

2. Bourges, 1^{er} août 1838. S. 38, 2-455. Douai, 9 mars 1847. S. 49, 2-17 et 20.

3. Benech. *De l'emploi et du remploi*. N° 89. Guillaouard. *Contrat de mariage*, IV. N° 1974. Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 89, p. 582. Paris, 20 novembre 1853. S. 59, 2-5. Cassation, 24 juillet 1884. Dalloz 85. I, 460.

ne les empêche de suivre une marche inverse. Tout ce que la loi exige est que les déclarations relatives à l'origine des deniers, au but de l'acquisition, et à l'acceptation de la femme, soient rigoureusement accomplies ; or, leur accomplissement n'est pas plus impossible dans un emploi anticipé que dans un emploi postérieur à la vente du fonds dotal. Le mari en achetant indiquera que l'acquisition est destinée à remplacer un bien dotal qui sera ultérieurement aliéné, que le prix en sera soldé avec des deniers provenant de cette aliénation. Il en délèguera par avance le montant à son vendeur et la femme par surcroît de précautions donnera son consentement à l'opération. Qu'y a-t-il là d'irrégulier ou d'illégal ? L'épouse, dit-on, ne peut remplacer un immeuble qui figure encore dans son patrimoine. Présentement peut-être, mais elle peut le remplacer pour le temps où il n'y figurera plus ; le emploi au lieu d'être définitif sera conditionnel subordonné à la vente ultérieure du fonds dotal.

124. — Il est vrai que le bien ainsi acquis, constituera provisoirement un paraphernal, qu'il pourra être saisi par les créanciers de la femme et que l'opération se présente ainsi sous un aspect désavantageux, soit pour elle, soit pour le tiers qui lui aura avancé les fonds nécessaires à l'acquisition. Ces inconvénients se trouvent compensés par de réels avantages. Le emploi anticipé permet aux époux de profiter d'une occasion d'acheter qui se présente dans des circonstances exceptionnellement favorables ; il empêche que la dot ne prenne à aucune époque la physionomie d'une somme d'argent toujours plus facile à dissiper.

Sans doute à défaut d'aliénation ultérieure ce remplacement éventuel reste un simple projet irréalisable et l'immeuble acquis va se trouver exposé aux poursuites des créanciers de la femme. Mais si elle l'a payé avec des valeurs paraphernales les créanciers auraient aussi bien pu saisir ces valeurs, et si elle ne l'a pas payé, ou qu'un tiers lui ait avancé des fonds pour le faire, le vendeur ou le prêteur de deniers ont dû savoir quels risques ils couraient en agissant de la sorte. N'est-il pas juste qu'ils supportent les conséquences d'un péril auquel ils se sont imprudemment exposés? Du reste ces conséquences ne sont pas aussi désastreuses qu'on pourrait le croire, s'ils ont été vigilants, les droits du vendeur et du prêteur de deniers seront sauvegardés dans une large mesure et le défaut d'aliénation du fonds dotal les privera seulement du bénéfice qu'ils auraient pu tirer du contrat passé avec la femme. En effet, le premier pourra rentrer en possession de son immeuble en exerçant le droit de résolution que lui confère l'article 1654. Et si cet immeuble a été saisi et vendu à la requête des créanciers de la femme il exercera son privilège sur le prix de vente. Ce même droit appartiendra également au créancier qui aura pris soin de se conformer aux prescriptions de l'article 2103-2°.

125. — En admettant la régularité du remploi anticipé, peut-on reconnaître aux futurs époux le droit de l'effectuer dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration. La question est plutôt théorique que pratique. M. Benech la pose à propos de l'emploi et voici comment il la résout. « Nous estimons que

fait dans cette période, l'emploi serait valable. Cette solution est fondée sur l'article 1404 du Code civil qui dispose « que si un époux a acquis un immeuble, depuis le contrat de mariage qui contient stipulation de communauté et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle serait réglée selon la convention (1). »

Cette règle, aux yeux de l'éminent professeur, n'a rien de spécial au régime de communauté, elle est faite pour tous les régimes. Comment concevoir, en effet, que la célébration du mariage puisse réagir sur les acquisitions faites par le mari sous le régime de communauté et produise un effet différent pour les acquisitions par lui faites sous le régime dotal? Ce serait là une anomalie!

L'anomalie, nous semble-t-il, ne serait qu'apparente. Il suffit pour s'en convaincre de lire dans son entier l'article 1404. Ce texte commence par poser une règle générale : les immeubles que les futurs époux possédaient au jour du mariage leur restent propres, s'ils n'ont été acquis dans l'intervalle qui sépare le contrat de la célébration du mariage. Le législateur a voulu ainsi prévenir une fraude que l'un des futurs mariés aurait pu être tenté de commettre au préjudice de l'autre en immobilisant une partie de sa fortune et en empêchant ainsi de tomber dans la communauté les valeurs mobilières, sur lesquelles son conjoint avait pu compter. Et comme il

1. Benech. *De l'emploi et du remploi*, n. 24.

n'y a plus lieu de redouter cette fraude si l'acquisition est faite en vertu d'une clause du contrat, notre texte ajoute que dans ce cas l'immeuble restera propre à l'époux acquéreur. Il s'agit là, on le voit, d'une disposition toute particulière au régime de communauté et qu'on ne saurait sans arbitraire étendre au régime dotal. Est-ce à dire que sous ce régime, il soit impossible d'effectuer le remploi avant la célébration du mariage. Nous ne le pensons pas. Ce remploi sera doublement conditionnel, voilà tout : subordonné à la célébration ultérieure du mariage et à l'aliénation future du fond dotal.

126. — Le remploi qui n'a pas été fait pendant la durée du mariage peut-il encore être exécuté après sa dissolution ? Précisons dans quelles circonstances se pose cette difficulté. Un immeuble dotal a été déclaré aliénable à charge de remploi. Cet immeuble est vendu, et le mariage vient à se dissoudre avant qu'il n'ait été satisfait à la condition mise à son aliénabilité. Sera-t-il encore possible de remplir cette condition ? Le tiers acquéreur pourra-t-il arrêter l'action révocatoire de la femme ou de ses héritiers en leur offrant le prix de son acquisition s'il ne l'a pas encore payé, ou en leur réitérant ce paiement s'il a commis l'imprudence de l'avoir déjà fait ? Pourra-t-il échapper au délaissement qui le menace en se déclarant prêt à exécuter le remploi qui n'a pas encore été effectué ?

La majorité des auteurs et la jurisprudence la plus récente lui refusent ce droit. Le remploi, disent les partisans de cette doctrine, a un double but : 1^o prévenir la perte du prix de l'immeuble dotal en empêchant sa dila-

pidation par le mari ; 2° soustraire ce prix à l'action des créanciers de la femme nés au cours du mariage, en lui substituant un nouvel immeuble qui vienne prendre la place de l'ancien et revêtir son caractère juridique. Or, si le premier de ces résultats peut encore être atteint après la dissolution du mariage, il n'est pas moins sûr que le second ne peut pas être atteint. Il n'y a plus alors ni dot, ni régime dotal, partant plus de remploi possible. L'immeuble prétendument acquis comme tel, n'échapperait pas aux poursuites des créanciers de la femme, même de ceux dont les droits sont postérieurs à la célébration du mariage. Ses intérêts ou ceux de ses héritiers ne seraient pas garantis d'une façon aussi complète que si le remploi n'avait pas été fait tardivement. N'est-ce pas un motif suffisant pour refuser aux tiers le droit de lui opposer une pareille fin de non-recevoir (1).

127. — Cette théorie est habilement construite. Si ses prémisses sont vraies, sa conclusion est logique, nous dirons plus, nécessaire. Il est raisonnable de penser, en effet, et nous reconnaissons volontiers que la future épouse, en stipulant une condition de remploi, a précisément voulu soustraire sa dot à l'exécution des obligations

1. Voyez en ce sens : Troplong, IV. n° 3419 ; Benech. — *De l'emploi et du remploi*, n° 88. — Guillouard, IV, n° 1972. — Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 86, p. 581. — Adde, Rouen, 5 décembre 1840, S. 41, 2, 71. — Cassation, 17 décembre 1855. S. 56, 1, 201. — Caen, 20 juillet 1874. S. 1874, II, 282. Contra. — Cassation, 20 juin 1853. S. 54, I, 5. Grenoble, 25 avril 1861. S. 61, 2, 365. Dal. 66. 2, 1, note. — Seriziat, n° 119. Rodière et Pont, III, n° 1844.

qu'elle viendrait à contracter pendant la durée de l'association conjugale. Toutefois la jurisprudence et les auteurs qui se sont engagés à sa suite nous paraissent être allés un peu loin en affirmant que ce résultat était impossible à atteindre si l'achat du nouvel immeuble, au lieu de précéder la dissolution du mariage, lui était postérieur. C'est là, à notre avis, une idée inexacte, et nous allons essayer de le montrer.

La rupture du lien conjugal qui met un terme à l'inaliénabilité de la dot pour l'avenir la laisse subsister dans le passé, particulièrement à l'égard des créanciers envers lesquels la femme a pu s'obliger pendant la durée du mariage. Le droit de ces créanciers est né imparfait par suite de l'impossibilité où se trouvait alors l'épouse d'engager son patrimoine dotal, et la dissolution du mariage qui lui rend la libre disposition de ce patrimoine n'a pas pour effet d'effacer cette imperfection. Elle survit à la dissolution de l'association conjugale et dure aussi longtemps que l'obligation qu'elle vicie si elle n'a été couverte par ratification ou par prescription; ces principes paraissent aujourd'hui hors de controverse, lorsque la femme a survécu au mari (1). L'opinion la plus accréditée enseigne qu'il convient de maintenir la même solution si elle a précédé et que les poursuites des créanciers ne soient plus dirigées contre

1. Laurent, XXIII, no 551; Aubry et Rau, V. 5. 538, note 13, p. 607. — Colmet de Santerre, VI, no 226 bis, 6. — Labbé, *Revue Critique*, année 1856, page 1 et suiv. Guillouard, IV, no 1876. — Rodière et Pont, III, no 1767. — Adde, Paris, 7 mars 1851. S. 51 2. 289. — Douai, 27 juillet 1853, S. 54. 2. 181. — Bordeaux, 25 mars 1865, S. 65. 2. 333. — Caen, 17 août 1869, S. 78. 1. 69.

elle mais contre ses héritiers. On ne verrait pas en effet la raison de distinguer. L'inaliénabilité des biens dotaux, l'article 1560 est là pour le prouver, a été aussi bien établie dans leur intérêt que dans celui de l'épouse, et il est juste qu'ils puissent exercer tous ses droits puisqu'ils la représentent.

Ainsi une femme dotale a contracté un emprunt hypothécaire en affectant spécialement un de ses immeubles à la garantie de son obligation. Le créancier qui n'aurait pu poursuivre son paiement sur cet immeuble pendant la durée du mariage ne le pourra pas non plus après sa dissolution. C'est là un point aujourd'hui constant en doctrine et en jurisprudence. Mais voilà que cet immeuble est vendu par suite d'une circonstance quelconque le créancier à l'égard duquel il était insaisissable aura-t-il le droit de s'emparer du prix ou du nouvel immeuble acheté avec ce prix? Le cercle de la controverse se rétrécit et nous voilà en présence de la vraie difficulté. La dot qui échappait à l'action des créanciers tant qu'elle existait en nature va-t-elle rentrer dans leur gage par cela seul qu'elle a été convertie en argent, même si le droit de ces créanciers est antérieur à cette conversion?

L'affirmative a obtenu la sanction de quelques décisions judiciaires. Le tribunal de Louviers, en particulier, a jugé que le recouvrement d'une créance pour fournitures faites à une femme dotale pendant le mariage pouvait être poursuivi après sa dissolution sur le prix de vente des immeubles dotaux. Les motifs de ce jugement méritent d'être reproduits : « Attendu qu'il n'est pas con-
« testable qu'après la dissolution du mariage, les biens

« que la femme s'était constitués en dot ne peuvent
« répondre des obligations contractées par elle du vivant
« de son mari...; mais attendu que si par exception et
« afin que ses biens soient conservés à la femme et à sa
« famille, ils restent affranchis en tant que dotaux des
« obligations contractées pendant le mariage, c'est évidemment à la condition qu'ils ne seront pas dénaturés
« et qu'ils continueront par la persistance de leur nature
« à se rattacher à la constitution primitive de la dot ;
« qu'autrement il faudrait admettre que le caractère
« dotal peut être transféré d'un objet à un autre sans
« convention spéciale et alors même que par la dissolution du mariage tout emploi légal est devenu impossible, ce qui ne saurait être admis (1). »

M. Jouitou approuve de tout point cette décision. D'après l'éminent jurisconsulte, le bien dotal a perdu son caractère insaisissable en sortant du patrimoine de la femme. « Si on pouvait trouver une raison, conclut-il, qui autorisât à subroger le prix à l'immeuble au point de vue de l'insaisissabilité, elle servirait aussi à subroger à ce prix au même point de vue, les objets achetés et payés à l'aide du dit prix et ainsi de suite indéfiniment, ce qui serait absurde et ce dont personne ne veut (2). »

Cette argumentation est, à notre avis, plus ingénieuse que solide, et l'opinion contraire que M. Jouitou n'hésite pas à qualifier d'absurde nous semble au contraire con-

1. Louviers, 26 janvier 1867.

2. Jouitou, *Étude sur le régime dotal*, n. 168.

forme aux saines données de la raison et en harmonie parfaite avec le but et l'esprit du régime dotal.

Comment comprendre en effet que le seul fait de la transformation de la dot ait suffi à donner aux créanciers de la femme antérieurs à cette transformation un droit qu'on leur refusait auparavant ? Comment expliquer que ces créanciers qui n'auraient pu saisir la dot tant qu'elle existait en nature puissent s'emparer des deniers provenant de son aliénation ou de l'immeuble acquis avec ces deniers ? Certes une pareille solution n'est commandée, ni par la logique, ni par l'équité ; nous nous inclinons pourtant devant elle, si elle était conforme aux principes de la matière, mais il est facile de montrer qu'elle y est contraire. Le titre des créanciers dans l'espèce qui nous occupe a été vicié dès son origine, parce que la femme était incapable d'obliger sa dot au moment où il a pris naissance. C'est là la vraie base de l'exception, de dotalité, nos adversaires eux-mêmes le reconnaissent. On conçoit dès lors malaisément que ce vice puisse être purgé par un fait auquel la volonté de l'épouse peut être demeurée étrangère ? Les textes nous enseignent qu'il disparaîtra par suite d'une confirmation expresse ou tacite de l'incapable devenu capable, ils n'ajoutent pas qu'un simple changement dans la nature de l'objet de l'obligation aura la vertu singulière d'équivaloir à cette ratification.

Au surplus la thèse soutenue par nos adversaires aboutit à des conséquences difficilement acceptables. Reconnaître aux créanciers un droit de mainmise sur la dot transformée, c'est empêcher cette transformation et perpétuer in-

définiment un état de choses qui dans la pensée du législateur ne devait pas survivre à la dissolution du mariage. La femme, en effet, ne manquera pas de conserver ses biens dotaux en nature si c'est pour elle le seul moyen de ne pas les perdre; ces biens continueront à être frappés d'immobilité même après la dissolution du régime dotal et cette immobilité adoucie et tempérée pendant la durée de l'association conjugale grâce à l'insertion d'une clause d'aliénabilité, sera désormais irrémédiable et complète. Que penser d'un pareil système qui place la femme dans cette alternative également désastreuse pour elle : ou de perdre, sa dot ou de la conserver perpétuellement stérile ! Et si cette femme est pressée par la nécessité, il faudra donc qu'elle meure de faim à côté de cette dot que la loi a mis tant de soins à sauver du désastre des affaires conjugales et dont la destination était précisément de subvenir à ses besoins futurs, d'assurer son avenir et celui de sa famille ? Il le faudra, car si elle commettait l'imprudence de vouloir s'en défaire, les créanciers aux aguets ne manqueraient pas de pratiquer aussitôt entre les mains de l'acheteur une saisie-arrêt sur le prix de vente.

Cependant l'aliénation que la femme redoute⁶ justement, qu'elle se refuse à consentir, peut avoir lieu malgré sa volonté. L'immeuble dotal peut être exproprié pour cause d'utilité publique. Cet immeuble ne faisait pas partie du gage des créanciers de l'épouse nés au cours du mariage et pourtant l'application des principes que nous combattons conduit logiquement à décider qu'il leur sera loisible de s'emparer de l'indemnité représen-

tative de sa valeur. Quelqu'un se résignera-t-il à aller jusque-là !

Mais reculer et admettre que le prix de l'immeuble dotal est insaisissable comme lui n'est-ce pas reconnaître qu'il lui est subrogé, qu'il le remplace ? Et si ce prix est insaisissable et participe des immunités attachées à la dot dont il a revêtu le caractère juridique, n'est-il pas naturel que ces immunités le suivent dans les transformations successives qu'il pourra prendre par la suite ? N'est-il pas juste que le nouvel immeuble acquis avec ce prix dont l'origine aura été régulièrement constatée devienne lui-même insaisissable ? Ces deux propositions nous paraissent intimement liées entre elles, et se déduisent logiquement l'une de l'autre. Certains auteurs cependant ont repoussé la seconde tout en admettant l'exactitude de la première. Ils avouent que les créanciers de la femme contemporains du mariage doivent rester désarmés en face du prix provenant de l'aliénation de l'immeuble dotal comme ils l'eussent été en face de cet immeuble lui-même, mais ils leur accordent le droit de saisir le nouvel immeuble acheté avec ce prix (1). Cette distinction ne nous semble nullement justifiée. Si on admet que le prix de l'immeuble dotal représente cet immeuble au point de vue de l'insaisissabilité, il faut admettre que ce prix lui-même se trouve représenté par le nouvel immeuble qu'il a servi à acquérir et lui communique son caractère juridique. La raison qui explique la première de ces subrogations justifie également la

1. Guillouard. IV, n° 2082 et 1972 *in fine*. — Aubry et Rau, V. § 537 texte et note 86, page 581, et § 538 texte et note 15, page 608.

seconde. Et M. Jouiton tout en adoptant une opinion contraire à la nôtre est parfaitement logique lorsqu'il écrit : « Dans ces subrogations il n'y a que le premier « pas qui coûte et il n'y a plus de motif de s'arrêter si « une fois on l'a franchi ».

Nous voici donc arrivé à cette conclusion. La transformation de la dot ne l'empêche pas de rester indisponible à l'égard des créanciers antérieurs à cette transformation, envers lesquels la femme a pu s'obliger pendant la durée de l'association conjugale ; matériellement sa nature a changé, juridiquement elle est restée la même. Sans cela la protection que l'épouse a cherchée dans le régime dotal serait inutile et illusoire.

Ces conséquences admises la solution de notre question devient très facile et il n'est plus douteux que le tiers acheteur du fonds dotal ne puisse se soustraire au délaissement en offrant son prix d'acquisition ou un immeuble en remplacement du fonds dotal aliéné et en se rendant au besoin responsable de l'exécution de ce remplacement. La femme n'aura plus à craindre que sa dot ne soit dissipée par le mari, puisque le montant en sera versé entre ses mains. Elle n'aura pas à redouter non plus que ces créanciers puissent la saisir puisqu'elle demeure insaisissable pour eux. Les résultats qu'elle se proposait d'atteindre en stipulant le emploi se trouvant ainsi réalisés, que pourrait-elle exiger de plus? (1).

1. La plus grave objection qu'on pourrait adresser à ce système serait à notre avis la suivante : La conversion des immeubles dotaux en argent va laisser la dot exposée aux poursuites des tiers envers lesquels la femme s'est obligée postérieurement à

L'adoption de cette théorie n'est pas sans avantages pratiques. Elle va permettre au tiers acquéreur de conserver le bénéfice de son acquisition qu'il aurait pu se trouver exposé à perdre malgré toutes ses diligences, si la dissolution du mariage était survenue à une époque tellement voisine de l'aliénation du fonds dotal que la réalisation du remploi eût été matériellement impossible.

Elle va le protéger en même temps contre la mauvaise volonté des époux qui auraient eu un moyen indirect d'arriver à la résolution du contrat en négligeant d'effectuer ce remploi en temps utile et en excipant ensuite de son inexécution pour demander la nullité de la vente.

128. — Le remploi que nous croyons encore possible une fois le mariage dissous le serait à plus forte raison après une simple séparation de biens. Nous retrouvons ici pour soutenir l'affirmative une partie des arrêts et quelques-uns des auteurs que nous avons rencontrés comme adversaires au numéro précédent. Toutefois ce point n'est pas hors de controverse et l'opinion contraire a été professée en doctrine et en jurisprudence.

Les partisans de ce second système reconnaissent bien à la femme séparée de biens le pouvoir d'effectuer le remploi si tel est son bon plaisir, et par suite de contraindre l'acquéreur à lui payer son prix. Rien ne s'op-

cette conversion. Mais cet argument dont pourraient se prévaloir les partisans de l'aliénabilité de la dot mobilière ne saurait être invoqué dans l'état actuel de la jurisprudence qui considère comme un point constant et hors de controverse l'insaisissabilité des meubles dotaux par les créanciers de la femme postérieurs au mariage.

pose, en effet, à ce qu'elle satisfasse aux conditions mises à l'aliénabilité de sa dot dont elle a repris l'administration. Mais ils n'admettent pas que la réciproque soit vraie, et refusent à l'acheteur le droit d'arrêter l'action en révocation qui serait intentée contre lui en offrant ce paiement et en obligeant l'épouse à réaliser un emploi qu'elle ne voudrait pas faire.

129. — Nous pensons, au contraire, que l'exécution du emploi est toujours possible après la séparation de biens que la femme le veuille ou qu'elle ne le veuille pas. Les motifs de notre décision sont les mêmes que précédemment. En stipulant le emploi l'épouse a voulu individualiser sa dot dans un placement solide pour la soustraire aux dilapidations de son mari, et aux poursuites de ses créanciers.

Or ce résultat est également atteint que la réalisation de cette clause précède la séparation de biens ou qu'elle lui soit postérieure. Dans un cas comme dans l'autre, la dot se retrouve intacte et échappe aux engagements que la femme a pu contracter pendant la durée de l'association conjugale. Cette solution qui fait difficulté après la dissolution du mariage est ici hors de controverse, et c'est un point constant que la séparation de biens se borne à déplacer l'administration du patrimoine dotal, mais n'altère en rien son caractère inaliénable (1). La condition de la dot n'ayant pas changé, ce remplacement tardif procure à l'épouse toutes les garanties qu'elle

1. Troplong, IV, n° 3598. — Rodière et Pont, III, n° 1779. — Seriziat., n° 133. — Aubry et Rau, V, 539, texte et note 3, p. 618. — Adde, Cassation, 7 juillet 1830, S. 31, 1, 68.

attendait de sa réalisation. Elle avait droit à un immeuble pour rendre à sa dot mobilière son caractère primitif, on lui donne cet immeuble ou du moins on lui offre les moyens de l'acquérir. De quoi pourrait-elle se plaindre ? Si la vente du fonds dotal avait suivi la séparation de biens, le tiers acheteur eût pu arrêter son action en nullité en lui offrant son prix, pourquoi en serait-il différemment parce que cette vente est intervenue à une époque antérieure ?

On objecte que c'est au mari en sa qualité d'administrateur des biens dotaux qu'avait été imposée l'obligation du remploi, que la séparation de biens en mettant fin à ses pouvoirs a rendu impossible l'exécution de cette obligation, et investi la femme d'une action en nullité qui ne saurait être arrêtée par aucune fin de non recevoir.

C'est ce qu'il faudrait démontrer. Aucun texte ne justifie une pareille assertion. La loi ni le contrat de mariage n'ayant indiqué aucun délai de rigueur pendant lequel le remploi devrait être effectué sous peine de déchéance, admettre qu'il n'est plus possible après la séparation de biens serait ajouter à leurs exigences. Il est vrai que le mari n'a plus alors l'administration des biens dotaux, les pouvoirs qu'il tenait à cet effet ont été révoqués, mais de ce qu'il n'a plus qualité pour exécuter le remploi il serait exagéré d'en conclure que ce remploi soit devenu impossible. Les pouvoirs qui lui avaient été délégués ont fait retour à la femme, voilà tout. Nos adversaires eux-mêmes conviennent qu'elle pourra valablement exécuter le remploi après la séparation de biens, si elle le veut. Nous ne voyons pas dès lors sur quels motifs il est possible

de s'appuyer pour refuser à l'acheteur le droit d'arrêter son action en nullité en lui offrant les moyens d'effectuer cette réalisation.

Nous le voyons d'autant moins que l'opinion adverse va le laisser à la merci des époux qui tiendront entre leurs mains le sort du contrat de vente et pourront différer intentionnellement l'exécution du remploi dans l'espoir d'obtenir la révocation d'une aliénation qu'ils viendraient à regretter (1).

SECTION VI

Effets du remploi.

130. — Les effets du remploi sont simples à analyser et peuvent se résumer dans l'énoncé de la maxime : « *Subrogatum capit naturam subrogati.* » — L'immeuble nouveau revêt exactement les caractères juridiques de l'immeuble ancien auquel il a été subrogé et devient dotal au même titre.

Le pouvoir d'aliéner des époux n'étant pas borné en principe à une première aliénation ce nouvel immeuble sera lui-même aliénable aux mêmes conditions que celui dont il occupe la place si le contraire n'a été stipulé dans

1. En ce sens. Caen, 30 avril 1849, S. 52. 2. 177. — Cass., 20 juin 1853, S. 54. 1. 5. — Caen, 31 mai 1870, S. 71. 2, 31. — Rodière et Pont, III. n° 1844. — Guillouard, IV, n° 1970. — Aubry et Rau, V. § 537., texte et note, 85, p. 580. — En sens contraire : Rouen, 10 mars 1840, S. 40. 2. 389. — Lyon, 24 mars 1847, S. 48. 2, 141. — Toulouse, 14 juillet 1852, S. 52. 2, 636. — Adde : Troplong, IV, n° 3419. Benech. *De l'emploi et du remploi*, n° 88.

le contrat de mariage. Les juges du fonds apprécieront souverainement quelle a été l'intention des parties à cet égard et verront si la réserve d'aliéner insérée dans le pacte conjugal se trouve épuisée par l'exercice qui en a été fait une première fois, ou subsiste encore après (1).

131. — Dans tous les cas où la revente de l'immeuble ainsi acheté en remplacement se ferait à un prix supérieur à celui de son acquisition la femme bénéficiera de cet excédant qui deviendra lui-même dotal. Une fois entré dans son patrimoine cet immeuble est en effet à ses risques et périls; s'il vient à périr il périt pour elle, s'il subit une dépréciation elle souffre de cette dépréciation; il est équitable qu'elle profite par une juste réciprocité des accroissements de valeur qu'il a pu prendre (2).

132. — La réalisation du remploi produit en outre des effets importants en ce qui concerne le mari chargé de l'exécuter et l'acheteur tenu d'en surveiller l'exécution.

L'un et l'autre se trouvent libérés des obligations qui leur avaient été imposés à cet égard par le contrat de mariage.

L'aliénation du fonds dotal qui avait jusqu'alors un caractère conditionnel et restait en suspens, devient définitive.

1. En ce sens : Benech, *op. cit.*, n° 95. — Tessier, *De la Dot*, I, 407 et 408. — Seriziat, *Traité du régime dotal*, p. 137, n° 125. — Rodière et Pont, *Du Contrat de mariage*, III, n. 1843.

2. En ce sens : Rouen, 19 mai 1840. Dal. Rep. 14, p. 245. — Cass. 3 avril 1855. S. 55, I. 424. — Adde, Rodière et Pont, *op. cit.* n° 1843.

Il en sera ainsi, du moins, toutes les fois qu'on se trouvera en présence d'un emploi régulier et régulièrement effectué. Nous aurons à examiner, dans le chapitre suivant, la situation faite au mari et aux tiers lorsque ce emploi ne réunit pas les conditions nécessaires à sa perfection.

CHAPITRE III

DES CONSÉQUENCES DE L'INEXÉCUTION DU REMploi.

SOMMAIRE.

L'inexécution du remploi engage les tiers et le mari. Nos 133 à 139.

Section I. — Conséquences de l'inexécution du remploi par rapport au tiers.

§ 1. — Etendue de leur responsabilité, nos 140 à 164.

§ 2. — Recours de la femme, nos 166 à 190.

a. — Action en nullité (art. 1560), nos 165 à 185.

b. — Action en payement (art. 1241), nos 186 à 190.

Section II. — Conséquences de l'inexécution du remploi par rapport au mari.

§ 1. — Etendue de sa responsabilité, nos 191 à 195.

§ 2. — Recours de la femme, nos 196 à 200 (1).

133. — L'inexécution ou l'insuffisance du remploi ouvrent à la femme deux recours complètement distincts : le premier contre les acquéreurs et plus généralement contre les tiers chargés de suivre la destination des sommes provenant de l'aliénation des biens dotaux ; le second contre le mari tenu d'exécuter le remploi.

134. — La clause de remploi est obligatoire en premier lieu pour l'acquéreur des immeubles dotaux bien qu'il n'ait pas été partie au contrat de mariage et contrairement à la maxime : « *Res inter alios acta, aliis*

1. Voir la table des matières, page 385.

nec nocere nec prodesse potest. » Cette dérogation aux règles ordinaires se justifie facilement et trouve son explication dans les principes mêmes du régime dotal.

L'aliénation de la dot ayant été exceptionnellement permise sous condition de remploi, si cette condition vient à défaillir on retombe dans la règle c'est-à-dire l'inaliénabilité. Par suite, les droits réels qui ont été concédés sur les biens dotaux, les ventes qui en ont été faites deviennent résolubles et la femme peut en demander la nullité car elle était incapable de les consentir. En traitant avec les époux l'acheteur a dû savoir à quoi il s'exposait et s'est soumis, à la loi de leur contrat ; il est naturel qu'il en supporte les conséquences. Il aura donc le plus grand intérêt à veiller à ce que les prescriptions du pacte conjugal soient rigoureusement observées, puisque de leur accomplissement dépend en grande partie le sort de son acquisition. (Art. 1560) (1).

Du reste, il n'est pas le seul tiers exposé aux poursuites de la femme. Celle-ci pourra encore, suivant les circonstances, exercer une action utile soit contre le détenteur des biens dotaux dont les droits se trouvent résolus ; soit contre l'agent de change qui a vendu ses titres, s'il s'agit de valeurs négociables à la Bourse ; soit contre la société sur les registres de laquelle ont été opérés les

1. En ce sens Laurent. *Droit civil*, 23, p. 520. — Aubry et Rau. V. § 537, p. 357 et 582. — Benech., *op. cit.*, n° 115. — Troplong. *Contrat de mariage*. IV, n° 3424. Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, III, n° 1845. Adde. Cass., 12 mai 1840. Sirey 1840, I. 668. — Caen, 3 décembre 1846. S. 1848. 2. 384. — Limoges 14 janvier 1862. S. 1862. 2. 344.

transferts et qui est en faute de ne s'être pas inquiétée de la capacité des vendeurs.

135. — Il lui sera également loisible, si elle le préfère, d'abandonner ces différents recours pour se faire indemniser par le mari ou sa succession du préjudice que lui a causé l'absence ou l'inutilité du remploi.

C'est à tort, croyons-nous, que certains auteurs ont voulu lui refuser cette seconde faculté comme incompatible avec le texte de l'article 1560, et contraire aux intérêts des créanciers du mari. Leur opinion doit être repoussée.

Si l'article 1560 n'accorde à la femme qu'une action en nullité, l'article 2135 lui reconnaît en effet le droit à une indemnité pour le remploi de ses propres aliénés. On objecte, il est vrai, que cette expression de propres, se réfère seulement au régime de communauté. Mais cela n'est nullement prouvé. On s'expliquerait au contraire assez mal que le législateur ait voulu faire à la femme commune en biens une situation préférable à celle de la femme dotale, en accordant à la première un recours dont il aurait privé la seconde. Au surplus, cet article 2135 règle plutôt une question de rang qu'une question d'attribution d'hypothèque, et l'article 2121 corrige ce qu'il peut avoir de trop exclusif en stipulant que les créances des femmes mariées contre leur mari sont munies d'une garantie hypothécaire. Or, la restitution des valeurs dotales aliénées figure au premier chef parmi ces créances.

Cette action de l'épouse contre son mari n'est pas dépourvue d'utilité. On conçoit que la femme ait intérêt à

en user si la vente du fonds dotal a été faite à des conditions avantageuses, ou si ce fonds a été dégradé et que l'acheteur soit insolvable, auquel cas son action en révocation lui serait d'un secours insuffisant. Indépendamment de ces motifs elle peut considérer comme un devoir de conscience de respecter une aliénation à laquelle elle a peut-être concouru ou qui a été faite dans son intérêt. Pourquoi l'en empêcher? Parce que cela va léser les créanciers du mari? Mais en quoi leur situation est-elle plus intéressante que celle du tiers acquéreur? Si ce dernier est en faute d'avoir acheté un immeuble dotal, sont-ils donc à l'abri de tout reproche d'avoir traité avec le mari alors qu'ils n'ignoraient pas la responsabilité que lui ferait encourir l'aliénation de cet immeuble non suivie de remplacement? En suivant sa foi, ils n'ont pas dû compter sur la révocation possible de la vente des biens dotaux, car la nullité toute relative qui peut atteindre cette vente n'a pas été établie dans leur intérêt et ils sont sans qualité pour s'en prévaloir (1).

1 En ce sens : Aubry et Rau, V. § 537, texte et note 27, pages 563-564. — Tessier, *De la Dot*, I. 62. — Troplong, *Des Hypothèques*, II, N^{os} 612 et suiv. — Guillouard, *Contrat de mariage*, IV, N^o 1891. *Adde*, Pau, 31 décembre 1834, S. 35, 2. 205. — Cassation 28 novembre 1838, S. 38, I. 963. — Cassation, 16 novembre 1847, S. 48, I, 25, Bordeaux, 8 janvier 1831, S. 32, 2. 401. — Cassation, 2 mai, 1855, S. 55, I. 420. — En sens contraire : Benoît, *De la Dot*, I. 261. — Grenier, *Des Hypothèques*, I, 260. — Bellot des Minières, IV, p. 164 et suiv. — Sériziat, *Du régime dotal*, N^o 194. — *Adde*, Poitiers, 14 décembre 1830, et Montpellier, 7 janvier 1831, S. 31, 2, 214. Grenoble 12 janvier 1835, S. 35, 2. 331. — Caen, 5 décembre 1836 5, 37, 2. 161 Grenoble, 7 avril 1840, 41, S. 2. 222.

136. — Nous n'admettrions pas même le tempérament proposé par quelques interprètes qui n'accordent à la femme un recours contre son mari que s'il lui est impossible d'obtenir par ailleurs une entière satisfaction. Une telle distinction n'aboutirait à rien moins qu'à établir au profit de ce dernier un véritable bénéfice de discussion. Cette faveur ne lui est accordée par aucun texte.

137. — Pour les mêmes raisons nous repoussons l'opinion contraire, d'après laquelle la femme n'aurait le droit de recourir contre le tiers acquéreur qu'après avoir discuté préalablement les biens du mari et établi leur insuffisance. Cette pratique autrefois en usage dans la Coutume de Normandie n'a pas été consacrée par le Code civil; ce n'est pas au juge ou à l'interprète qu'il appartient de l'y introduire (1).

138. — Notre conclusion est donc que la femme dont l'immeuble dotal a été irrégulièrement aliéné a deux moyens parallèles pour se faire indemniser du préjudice qu'elle a subi : le premier contre les tiers, le second contre son mari. Elle peut les exercer l'un ou l'autre après la séparation de biens. Toutefois son option pour le second ne saurait dans ce cas la lier d'une façon définitive. Elle équivaut, en effet, à une confirmation de la vente du fonds dotal et cette confirmation ne peut intervenir qu'à une époque où ce fonds dotal sera lui-même devenu disponible, c'est-à-dire après la dissolution du mariage; faite

1. En ce sens. Rouen, 7 avril 1886. D. 88, 2, 45. — En sens contraire, Salviat, V. *Dot.*, I, 408. — Benoît, I, p. 212. — Troplong. *Sur l'emploi. Contrat de mariage*, IV, n° 3122.

auparavant elle aurait un caractère simplement provisoire.

139. — En conséquence, si les immeubles du mari sont aliénés, pendant la durée de l'association conjugale la femme pourra bien se faire colloquer sur le prix pour la valeur de sa dot, mais cette collocation sera conditionnelle et ne l'empêchera pas d'exercer plus tard son action en nullité si bon lui semble. Les sommes qui lui avaient été allouées provisoirement pour le montant de ses reprises dotales feront alors retour aux créanciers du mari se trouvant en rang utile (1).

Ayant ainsi posé le principe des responsabilités qui résultent du défaut ou de l'irrégularité du remploi, il nous reste à en mesurer l'étendue et à examiner les suites du recours de la femme suivant qu'elle l'exercera contre les tiers ou contre son mari. Cette étude fera l'objet de deux sections distinctes.

SECTION I^{re}

Conséquences de l'inexécution du remploi par rapport aux tiers.

§ 1. — Etendue de leur responsabilité.

140. — Nous avons vu que l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause de remploi est obligatoire en première ligne pour le tiers acquéreur de l'immeuble

1. Guillouard, IV, n° 1891. - Cassation, 3 décembre 1861, S. 62, I, 405.

dotal aliénable sous cette condition. La nécessité où il se trouve de surveiller le remploi ne lui impose pas seulement l'obligation d'en contrôler l'existence, mais aussi d'en discuter le mérite en s'éclairant sur sa valeur et son utilité. Autrement ce remploi pourrait devenir un simple simulacre et la responsabilité qui pèse sur le tiers un véritable leurre, s'il suffisait pour la mettre hors de cause que le mari offre en remplacement un immeuble quelconque, cet immeuble fut-il d'une valeur insignifiante ou criblé d'hypothèques.

Ce n'est pas là ce qu'ont voulu les parties. En stipulant une condition de remploi, la femme a entendu s'assurer la conservation de sa dot, de toute sa dot, et ce résultat ne saurait pas plus être atteint en présence d'un remploi inutile ou insuffisant qu'en l'absence même de tout remploi. Elle a pensé retrouver dans le nouvel immeuble l'équivalent de l'ancien, il faut donc que cet immeuble présente pour elle les mêmes garanties : qu'il ne soit pas litigieux, ni soumis à une action résolutoire, ni affecté à la sûreté d'une créance. Il ne faut pas non plus qu'il soit d'une valeur telle que la dot ne puisse suffire à en payer le prix, de telle sorte qu'il entre dans le patrimoine de la femme grevé du privilège du vendeur pour garantie des sommes encore dues par celle-ci (1).

L'acheteur prendra soin de veiller à ce que ces conditions se trouvent remplies, s'il veut se mettre à l'abri d'un danger d'éviction possible. Il agira prudemment en se

1. Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, S. 48, 2, 384. Lyon, 4 janvier 1877. S. 77, 2, 269.

faisant présenter les titres de propriété du vendeur et des précédents propriétaires, en demandant la production d'un état des inscriptions et en opérant s'il y a lieu les formalités de la purge. Il pourra aussi pour plus de précautions (on n'en saurait trop prendre en cette périlleuse matière), faire constater que les biens achetés en remplacement sont d'une valeur égale au prix dont il se trouve débiteur et obtenir un jugement déclarant que le remploi est suffisant.

141. — Dans tous les cas on ne peut mettre à sa charge les causes d'éviction ou les baisses de valeur survenues après coup quand même elles proviendraient de la mauvaise administration du mari, s'il n'y a eu de sa part ni faute ni négligence grossière au moment de l'exécution du remploi. C'est à cette époque que les juges devront se placer pour apprécier la vigilance dont il a fait preuve et le soin qu'il a mis à se conformer aux mesures de prudence que lui commandait sa situation. Ce sera là avant tout une question d'interprétation.

142. — Nous ne croyons pas que pour la résoudre il faille mesurer le degré de vigilance imposé au tiers sur celui dont peut être tenu le mari. Ce dernier en effet est plus directement obligé à l'exécution du remploi, il y a en même temps plus d'intérêt car il pourra en retirer un accroissement de revenus. Le tiers acheteur au contraire n'a contracté envers la femme aucune obligation personnelle et la réalisation du remploi ne lui procure d'autre profit que celui de conserver l'immeuble qu'il a acquis. Il y a donc lieu de se montrer moins sévère à son égard en se contentant de lui imputer ses fautes graves, c'est-à-

dire celles que ne commettrait pas l'administrateur le moins diligent et qui consisteraient par exemple à ne pas se faire présenter les titres de propriété du vendeur, ou à ne pas accomplir la purge d'un immeuble grevé d'hypothèques.

143. — Ces obligations qui incombent en principe à l'acquéreur, peuvent être modifiées par le contrat de mariage, soit dans le sens de la sévérité, soit dans le sens de la douceur. En général elles subiront plutôt une atténuation. Autrement la protection excessive dont on voudrait entourer la femme pourrait dans beaucoup de cas se retourner contre elle. Qui ne sait qu'un bien est déprécié par cela seul qu'il est dotal? Une responsabilité trop lourde conduirait infailliblement à éloigner les tiers hésitants peut-être déjà à s'engager dans les liens d'un traité dont ils ne prévoient pas l'issue et dont ils redoutent les suites avec juste raison. Il importe de les rassurer si on veut qu'ils se présentent et que la faculté d'aliéner les biens dotaux ne devienne pas une lettre morte.

144. — Aussi l'usage s'est-il établi dans la pratique d'insérer dans le pacte conjugal une clause en vertu de laquelle *les époux seront seuls juges de l'utilité du remploi sans que les tiers aient à répondre d'autre chose que de sa matérialité.*

145. — S'il faut en croire certains arrêts cette stipulation n'a pas la portée étendue qu'on serait tenté de lui supposer au premier abord et ne suffit pas à exonérer les tiers de toute responsabilité. Elle signifie simplement que les époux apprécieront souverainement la valeur et

la convenance de l'immeuble qui leur est offert en emploi, mais ne dispense nullement l'acquéreur de veiller à ce que cet immeuble présente des garanties suffisantes et en particulier à ce qu'il se trouve à l'abri d'un péril d'éviction ou d'un recours hypothécaire. Le tribunal de Digne l'a ainsi décidé dans une espèce où le contrat de mariage portait « *que les tiers ne pourraient s'immiscer dans le emploi et seraient valablement libérés par la quittance des époux seuls juges de l'utilité de ce emploi.* » Il a appuyé sa décision sur les motifs suivants :

« Attendu qu'il est certain que les époux ont par l'emploi
« semble des dispositions par eux adoptées voulu assurer
« la conservation de la dot... Attendu dès lors qu'en
« disant que les époux seront seuls juges de l'utilité des
« emplois ou remplois, on n'a pas évidemment entendu
« qu'ils devraient accepter un immeuble ou une valeur
« quelconque en remplacement des sommes dotales, mais
« qu'ils se sont réservé la faculté d'apprécier la convenance
« de l'équivalent qui leur sera offert en échange
« des biens aliénés. Attendu qu'on ne comprendrait pas
« qu'après avoir inscrit dans leur contrat toutes les garanties
« propres à assurer la conservation de la dot, les
« époux s'en départent aussitôt pour se mettre à la
« discrétion de ceux avec lesquels ils auraient à traiter ».

La Cour d'Aix par adoption des mêmes motifs a confirmé cette décision précédemment consacrée dans des espèces analogues par les cours de Limoges et de Bordeaux (1).

1. Aix, 3 décembre 1879, S. 81, 2, 11. — Limoges, 14 janvier 1862. S. 62, 2, 344. — Bordeaux, 29 juin 1874, S. 1876, 2, 243.

146. — Il nous paraît impossible de suivre cette jurisprudence. Sans doute la stipulation de remploi est destinée à conserver la dot intacte. C'est là son but normal, essentiel, et les tiers aussi bien que le mari sont tenus en principe de veiller à ce qu'il soit atteint. En faut-il conclure que la responsabilité qui leur incombe de ce chef ne soit pas susceptible de degrés et que les futurs époux qui auraient pu permettre l'aliénation pure et simple des biens dotaux sans aucun remploi, ne puissent pas mettre à ce remploi, lorsqu'il aura été stipulé, telles conditions qu'ils jugeront convenable, et décharger les tiers de l'obligation d'en surveiller l'utilité? Il serait mal raisonnable de le prétendre.

Les arrêts que nous avons cités ne sont pas à vrai dire allés jusque-là. Ils n'ont pas soutenu qu'il était impossible de dispenser l'acheteur du fonds dotal de sa responsabilité ordinaire; ils ont prétendu que cette dispense n'avait pas été accordée et qu'on ne pouvait la faire résulter de la simple déclaration du contrat de mariage portant que les époux seuls seraient garants de l'utilité du remploi et que la quittance délivrée par eux suffirait à libérer les tiers. Leur décision est donc une décision d'espèce, non de principe; elle a avant tout un caractère interprétatif de la volonté des contractants.

Même envisagée à ce point de vue, elle nous semble très critiquable. On allègue à son appui que l'opinion contraire conduirait à mettre les époux à la discrétion de ceux avec lesquels ils auraient à traiter (1). A-t-on voulu

1. Arrêt précité.

dire par là qu'il serait loisible aux tiers de se libérer en offrant un emploi quelconque, insignifiant peut-être ? Un pareil danger n'est pas à craindre, car le mari pourra toujours refuser ce emploi et la femme ne manquera pas de le faire si on admet avec la jurisprudence que son consentement soit nécessaire à la validité de l'opération. On invoque encore l'intention des parties qui ne doivent pas être censées avoir voulu se départir des garanties que leur offre le régime dotal. Mais ce n'est là qu'une simple présomption ; elle doit tomber devant la manifestation d'une volonté contraire. Cette volonté ne ressortait-elle pas assez clairement des termes du contrat de mariage et n'est-ce pas en fausser singulièrement le sens que de la traduire ainsi : « *les tiers demeurent garants de l'éviction et des troubles hypothécaires qui pourraient atteindre l'immeuble acquis en emploi et sont par suite responsables de son utilité,* » alors que le pacte conjugal porte « *les tiers ne pourront en aucune façon s'immiscer dans le emploi, et les époux seront seuls juges de son utilité* » c'est-à-dire précisément tout le contraire.

L'interprétation donnée par la jurisprudence nous semble d'autant plus inexacte qu'elle rend inutile un article du contrat de mariage puisqu'à ces yeux cet article se bornerait à accorder aux époux une faculté d'appréciation qui leur appartenait déjà. Elle se trouve par cela même en opposition avec l'article 1157 aux termes duquel si une clause est susceptible de deux sens on doit plutôt l'entendre dans celui où elle pourrait avoir quelque effet : ou traduire cette clause comme si elle ne faisait

que reproduire une règle de droit commun, c'est ne lui donner aucun effet.

Il est vrai qu'avec le système que nous défendons, les sûretés que le remploi procure d'ordinaire à la femme dotale vont se trouver considérablement amoindries. Toutefois elles ne disparaissent pas complètement. Sa signature étant une condition nécessaire à la libération des tiers, il lui sera toujours loisible de la refuser tant qu'on ne lui aura pas justifié d'un remploi suffisant. Si on ne la protège plus malgré elle, on ne la dépouillera pas non plus contrairement à sa volonté. D'ailleurs les inconvénients qui peuvent résulter pour elle d'une dispense de responsabilité se trouvent compensés par d'autres avantages, notamment par celui de faciliter la vente des biens dotaux en rassurant les tiers sur les suites de l'opération.

147. — Quoiqu'il en soit, la jurisprudence ayant une tendance à se former dans le sens de l'opinion contraire à la nôtre, les parties qui ont véritablement intention d'exonérer les tiers de toute surveillance relativement à l'utilité du remploi feront bien de s'expliquer à cet égard, de telle façon qu'aucune équivoque ne puisse subsister sur leur volonté. En conséquence, le notaire rédacteur du contrat de mariage agira prudemment en ajoutant à la formule traditionnelle. « *Les époux seront seuls juges de la validité du remploi, et les tiers seront valablement libérés par la quittance qu'ils leur délivreront sans avoir à s'immiscer dans ce remploi* », l'alinéa suivant, « *ces mêmes tiers ne répondront en aucune façon des causes d'éviction ni des recours hypothécai-*

res qui pourraient exister sur l'immeuble acquis en remplacement à quelque époque que ce soit. »

148. — L'acquéreur, restant en principe responsable de la validité du remploi, peut refuser de payer son prix tant que les époux ne lui auront pas justifié que ce remploi a été régulièrement accompli (1).

Toutefois ce refus cesserait d'être légitime s'il avait été stipulé dans le contrat de mariage que le seul consentement de l'épouse dans les quittances libérerait valablement les tiers acheteurs. Ces derniers ne sont plus alors assujettis à exercer un contrôle sur l'exécution du remploi et ne sauraient rien exiger en plus de la signature de la femme puisque cette signature suffit à mettre leur responsabilité hors de cause. Il importerait même assez peu que l'acte de vente leur impose une surveillance plus étroite et les déclare responsables d'un remplacement incomplet ou insuffisant. Ce n'est pas l'acte de vente qui fait loi en cette matière, mais le contrat de mariage dont les dispositions n'ont pu être modifiées après coup (art. 1395) (2).

149. — Une autre conséquence de l'obligation qui incombe en général aux acquéreurs de veiller à l'exécution du remploi est qu'ils pourront remettre leur prix

1. En ce sens : Colmet de Santerre VI, n° 229, *bis.* IV. — Laurent, XXIII, n° 520. — Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 115. — Aubry et Rau, V. § 527, texte et note 95, p. 582. Cassation, 25 avril 1842, Sirey 43. I. 651, Bordeaux, 1^{er} décembre 1847. Sirey 48, 2, 348.

2. Limoges, 7 mai 1862, S. 63, 2, 10.

d'achat à la Caisse des dépôts et consignations et l'y laisser tant qu'on ne leur aura pas offert un placement solide.

150. — Cette consignation aura pour résultat d'arrêter le cours des intérêts. Certains auteurs sont même allés plus loin et ont prétendu qu'elle suffisait à dispenser les tiers de toute surveillance. Cette solution serait commandée, à les en croire, par l'article 1257 aux termes duquel : les offres réelles suivies de consignation libèrent le débiteur, et tiennent lieu à son égard de paiement lorsqu'elles ont été valablement faites, la chose ainsi consignée demeurant aux risques du créancier. Si on leur objecte que la femme va perdre ainsi une garantie efficace : celle qui résultait pour elle de la responsabilité de l'acquéreur, ils répondent qu'elle en retrouvera une autre non moins efficace dans le contrôle que devront exercer les tribunaux lors de la réalisation ultérieure du emploi, puisque le mari ne sera autorisé à toucher les sommes consignées qu'après avoir justifié de l'accomplissement de ce emploi. Ils font valoir à l'appui de cette assertion une loi des 18 et 29 décembre 1790, relative au rachat des rentes foncières sujettes à emploi dont l'article 4 s'exprime ainsi. « Le redevable qui ne voudra point demeurer garant du emploi pourra consigner le prix du rachat lequel ne sera délivré aux personnes qui sont assujetties à emploi qu'en vertu d'une ordonnance du juge rendues sur les conclusions du commissaire du roi auquel il sera justifié du emploi ». Cette loi, ajoutent-ils, trouve ici son application. Les formalités qu'elle prescrit devant être remplies pour opérer le

retrait des deniers dotaux, les droits de la femme se trouveront pleinement sauvegardés (1).

151. — Cette théorie n'a pas prévalu. On a fait remarquer avec raison que la loi des 17 et 29 décembre 1790, sur laquelle elle s'appuie, organisait une procédure transitoire nécessitée par la suppression des rentes telle que le comprenait l'ancien droit, qu'il était bien difficile par conséquent de considérer cette disposition comme étant aujourd'hui en vigueur. D'ailleurs le fût-elle, qu'elle ne suffirait pas à dégager l'acquéreur de la responsabilité à laquelle il se trouve soumis par le contrat de mariage dont il a accepté la loi en traitant avec les époux.

Quant à l'argument tiré de l'article 1257-2^o, il est facile de répondre que cet article en déclarant le débiteur libéré par la consignation de son prix se place dans l'hypothèse ordinaire d'un débiteur pur et simple. Or, tel n'est point le cas de l'acquéreur du fonds dotal assujetti à une double obligation : 1^o celle de payer son prix, 2^o celle d'en suivre la destination. Le versement de ce prix à la caisse des dépôts et consignations aura bien pour résultat d'effacer la première de ces obligations, mais il ne saurait faire disparaître la seconde. Par suite si ce tiers refuse de venir reconnaître l'emploi des sommes consignées, il pourra y être contraint judiciairement et les frais de l'instance resteront à sa charge (2).

1. Duranton, XV, n. 485. Benech. *De l'emploi et du remploi*, n^o 60.

2. Cassation, 12 mai 1857, S. 57. I. 530. — Caen, 26 janvier 1872, S. 72. 2. 49. — Aubry et Rau. V. § 537, texte et note 93, n^o 583. — Guillouard, IV, n^o 1981.

152. — Les principes que nous venons d'établir relativement au devoir de surveillance, qui incombe à l'acheteur lorsque l'aliénation du fonds dotal a une cause volontaire sont-ils applicables en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ?

On l'a nié en se fondant sur ce motif que l'aliénation de l'immeuble exproprié est définitive, irrévocable, qu'il ne dépend plus de la femme de le faire rentrer dans son patrimoine, que d'ailleurs la loi a pourvu à ses intérêts d'une autre façon en laissant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour prescrire les mesures qu'ils jugeraient les mieux appropriées à la conservation de la dot (Loi du 3 mai 1841. Art. 13) (1).

Cette différence qu'on veut établir entre l'expropriant et l'acquéreur ordinaire ne nous semble pas justifiée et nous pensons qu'il y a lieu de les assimiler au point de vue de la responsabilité qui leur incombe.

Il est vrai qu'après l'expropriation, l'immeuble de la femme se trouve définitivement converti en une somme d'argent représentative de sa valeur, mais nous ne voyons pas en quoi cela peut dispenser les tiers de surveiller l'emploi de cette somme. On objecte que l'épouse trouvera une sûreté suffisante dans l'intervention de la justice. Cela n'est pas certain, il est à craindre au contraire qu'en l'absence d'une procédure contradictoire les tribunaux n'exercent pas un contrôle sérieux sur la valeur du remploi. Dans tous les cas la garantie qu'ils

1. En ce sens : Troplong. *Contrat de mariage*, IV, n° 3407. — Rouen, 23 juillet 1845. S. 46. 2. 551.

offrent à la femme est purement morale, et il nous paraît difficile de la substituer à la garantie pécuniaire que l'inexécution du emploi entraîne ordinairement pour les tiers.

Si l'expropriant a versé à la caisse des dépôts et consignations l'indemnité afférente à l'immeuble dotal exproprié nous le soumettrons donc aux obligations imposées à l'acheteur volontaire qui a consigné son prix. Il devra intervenir pour surveiller le emploi et demeurera garant de son inutilité ou de son insuffisance (1).

153. — Nous avons raisonné jusqu'à présent en nous plaçant dans l'hypothèse la plus simple : celle où l'aliénation porte sur des immeubles ordinaires et nous avons dit que l'inexécution des conventions matrimoniales ouvrait alors à l'épouse un recours parallèle contre son mari et contre l'acheteur du fonds dotal indûment aliéné.

Ce sont là les personnes les plus directement exposées à ses poursuites, mais ce ne sont pas les seules ; son action dans certains cas s'étendra plus loin. Il en sera ainsi, lorsque la dot aliénable à charge de remplacement consistera en biens incorporels : rentes sur l'Etat actions de la Banque de France ou autres valeurs négociables à la Bourse. Un simple recours contre le tiers acquéreur offrirait alors à la femme une garantie illusoire dans beaucoup de cas, car il est possible que ce tiers soit inconnu, ce qui arrivera fréquemment, les agents de change étant obligés au secret et ne pouvant divulguer le nom des personnes qui les ont chargés de vendre ou

1. En ce sens : Cassation, 15 mars 1886. S. 87. I. 327.

d'acheter (Arrêté du 27 prairial an X, article 19). Elle ne jouira d'une protection véritablement efficace que s'il lui est loisible de faire valoir son action, soit contre la société débitrice des valeurs dotales indûment transférées, soit contre l'agent de change par le ministère duquel s'est opéré ce transfert. Le pourra-t-elle ?

154. — La question s'est présentée devant la Chambre des requêtes en 1858 en ce qui concerne la responsabilité de la Banque de France relativement au transfert de ses actions et au payement des sommes dotales dont elle était dépositaire.

On a prétendu que cette responsabilité n'existait pas en se fondant sur ce que la Banque n'était pas partie à l'opération du transfert et n'agissait pas non plus comme mandataire des parties. On a invoqué en ce sens l'article IV du décret de 1808 aux termes duquel : « Les actions de la Banque de France sont valablement transférées par la déclaration du propriétaire ou de son fondé de pouvoirs signée sur les registres et certifiée par un agent de change, s'il n'y a eu opposition signifiée et visée à la Banque. » Rien dans ce décret, ajoutait-on, n'oblige la Banque à s'enquérir de la capacité des vendeurs ou à suivre la destination des sommes provenant du transfert. Elle joue dans cette opération un rôle purement passif, exclusif de toute responsabilité.

Ces raisons n'ont pas triomphé. Il a été jugé que la Banque était tenue de veiller à ce que le emploi de ses actions ou des sommes dotales dont elle avait le dépôt soit exécuté conformément aux prescriptions matrimoniales.

En effet, dans l'hypothèse d'un transfert, ce transfert ayant lieu avec son concours et sous son contrôle, lui impose le devoir de vérifier la capacité civile des parties quand même les actions transférées ne se trouveraient pas en dépôt chez elle. Il lui eût été facile d'obtenir cette vérification en exigeant la présentation du contrat de mariage et elle est en faute de ne pas l'avoir fait.

Une obligation analogue lui incombe s'il s'agit simplement du paiement de sommes dotales déposées dans ses caisses. Ce paiement ne sera libératoire que s'il a été fait à une personne capable conformément au droit commun dont la Banque ne se trouve affranchie par aucune des dispositions qui la régissent (1).

155. — Au surplus cette responsabilité n'est pas spéciale à la Banque de France. Il y a lieu de l'étendre par identité de motifs aux sociétés et aux établissements ayant émis des actions ou des obligations nominatives, lorsque l'aliénation de ces valeurs constituées en dot a été soumise à une condition d'emploi, ou qu'elles ont été achetées pour remplacer des immeubles dotaux aliénables à charge de emploi. Nous ne pensons même pas qu'il soit nécessaire pour cela que ces titres portent mention de leur dotalité. L'opération du transfert ayant eu lieu sous les yeux et avec le concours de la société, celle-ci en ne s'assurant pas de la capacité des vendeurs a commis une négligence de nature à engager sa responsabilité personnelle. La Cour d'Aix tout en admettant le

1. Requêtes, 1^{er} février 1859, S. 59, I. 266.

principe de cette responsabilité a jugé à tort selon nous qu'elle devait être limitée aux actions ou aux obligations dont la dotalité se trouvait indiquée sur le titre (1).

Dans le cas où une société aurait ainsi été condamnée à rembourser à la femme la valeur de ses titres irrégulièrement transférés ou à lui procurer des titres nouveaux, elle pourra exercer un recours contre le cessionnaire qui connaissant l'aliénabilité conditionnelle dont ils étaient affectés, aurait néanmoins versé son prix entre les mains du mari sans s'inquiéter de la destination qui lui serait donnée. Ce cessionnaire, en n'exerçant pas la surveillance à laquelle il semblait particulièrement astreint, s'est au moins rendu coupable d'une négligence et si cette négligence a causé un préjudice il en doit la réparation (art. 1382) (2).

156. — L'agent de change, par le ministère duquel se sont opérés les transferts, ou qui a vendu les titres à la Bourse, sera-t-il aussi responsable de l'insuffisance ou de l'inutilité du emploi, lorsque ce emploi était une condition mise à l'aliénabilité des valeurs ainsi négociées ?

157. — L'arrêt de la Cour de Paris précédemment cité (D. 58, 2. 4) se plaçant exclusivement au point de vue des devoirs inhérents à la charge des agents de change avait résolu la question négativement pour ce motif que l'agent de change tenu de certifier, l'identité du propriétaire ainsi que celle de sa signature et des pièces produites, n'était obligé par aucune loi ni aucun règlement de s'en-

1. Aix, 23 juillet 1883, conf. La loi, année 1883, n° 235.

2. Même arrêt. Adde : Requêtes, 1^{er} février 1859, D. 59, I, 267.

quérir de la capacité civile de ses clients (Arrêté du 27 Prairial an X, art. 15 et 16).

158. — Nous pensons également que la responsabilité professionnelle des agents de change est ici hors de cause, ce qui ne veut pas dire cependant qu'ils soient à l'abri de tout recours. En effet, indépendamment de cette responsabilité particulière dont les règles ont été posées dans l'arrêté du 27 Prairial an X, les agents de change restent tenus de la responsabilité du droit commun, de celle qui incombe à tout mandataire coupable d'une faute ou d'une négligence dans l'exécution de son mandat. Un arrêt de la Cour de Cassation a nettement établi le principe des obligations qui leur incombent de ce chef :

« Attendu, dit la Cour, que si les agents de change
« sont obligés d'exécuter les ordres qui leur sont donnés,
« il ne suffit pas pour mettre leur responsabilité à cou-
« vert qu'ils n'aient pas manqué aux règles écrites dans
« leur profession; — qu'ils sont encore tenus indépen-
« damment de l'observation de ces règles d'agir avec
« prudence et de prendre les précautions qui leur sont
« indiquées par les circonstances particulières dans les-
« quelles se présentent les opérations dont ils sont char-
« gés; — que l'omission de ces précautions peut consti-
« tuer une faute que le juge a le pouvoir d'apprécier
« d'après les principes du droit commun auxquels, dans
« certains cas, les agents de change comme tous les
« autres officiers publics ne cessent pas d'être sou-
« mis (1) ».

1. Cass. 20 avril 1848, S. 49, I. 41. Adde : Paris, 29 juin 1857, S. 57. 2.633. Ruben de Conder, n° 308.

Il y a lieu de se montrer d'autant plus sévère dans l'appréciation de ces négligences que les agents de change institués par la loi comme intermédiaires des opérations de Bourse sont les mandataires salariés et en quelque sorte nécessaires de ceux dont ils acceptent les ordres. Aussi, n'est-il pas douteux qu'ils ne soient garants de l'irrégularité du transfert d'un titre dotal alors qu'ils avaient toute facilité pour connaître cette dotalité mentionnée sur le titre lui-même. Il en serait de même encore s'ils avaient eu connaissance par ailleurs de la disponibilité conditionnelle des valeurs négociées et qu'ils n'aient, malgré cela, exercé aucune surveillance sur le emploi. Le tribunal de Rouen a jugé en ce sens que le paiement fait par l'agent de change de sommes provenant du transfert de valeurs dotales aliénables sous condition de emploi n'était nullement libératoire s'il n'avait pris soin de veiller à l'accomplissement de cette clause dont il avait connaissance, que par suite l'action de la femme subsistait intacte contre lui comme s'il n'avait pas payé (1).

159. — Mais faut-il aller plus loin et lorsque la capacité des vendeurs ne se trouvera révélée, ni par les titres, ni par les circonstances de fait, astreindre l'agent de change à vérifier cette capacité et le déclarer coupable de négligence et passible de dommages-intérêts s'il ne l'a pas fait?

On pourrait peut-être le soutenir en raisonnant par analogie des obligations qui incombent à la Banque de

1. Rouen, 7 juillet 1885. D. 88, 2, 46.

France. Nous avons vu que bien qu'elle n'eût pas qualité pour représenter les parties dans l'opération des transferts dans laquelle elle avait un rôle purement passif, elle était néanmoins obligée de s'enquérir de leur capacité et qu'en ne le faisant pas elle commettait une faute de nature à engager sa responsabilité personnelle. Il semble dès lors qu'il fût raisonnable d'étendre la même obligation à l'agent de change qui joue dans la négociation des valeurs un rôle essentiellement actif et paraît être tenu à cause de son titre même de mandataire légal et pour ainsi dire forcé des parties à une surveillance plus active et plus étroite.

160. — La Cour de Rouen a assigné un autre fondement au recours de la femme. Elle a assimilé l'agent de change au détenteur de l'immeuble dotal et décidé qu'en cas d'irrégularité ou d'insuffisance du emploi, sa responsabilité se trouvait engagée de plein droit et lui faisait un devoir de restituer l'équivalent des valeurs dotales indûment transmises :

..... « Attendu que l'agent de change débiteur du prix d'une rente dotale immobilisée doit être assimilé au tiers détenteur de l'immeuble dotal, que l'action à laquelle il est soumis n'est pas une action en indemnité basée sur une faute ou un défaut de surveillance, mais l'action révo-
catoire prévue par l'article 1560 ; qu'autrement il faudrait dire que la loi des 2-3 juillet 1862 a enlevé à la femme dotale les garanties que lui assurait le Code civil.... » (1).

Cette assimilation qui paraîtra peut-être un peu forcée

1. Rouen, 7 avril 1866. D. 88, 2, 47.

n'est cependant pas impossible à justifier. En effet, si l'agent de change n'est plus à proprement parler le détenteur des titres qu'il a négociés et dont il s'est dessaisi, il a entre les mains le prix provenant de leur négociation, et il est tenu de veiller à ce qu'il en soit fait emploi conformément aux prescriptions du contrat de mariage. De plus, il représente le tiers détenteur de ces titres et on conçoit que la femme dans l'impossibilité où elle se trouve d'agir contre ce dernier qu'elle ne connaît pas, s'en prenne à l'agent de change qui lui a servi d'intermédiaire.

161. — La responsabilité de l'agent de change n'exclut pas en principe celle du débiteur (Etat, département, ville, société) à moins que les parties n'aient expressément stipulé le contraire en disant dans leur contrat de mariage comme cela se fait encore assez fréquemment que : « Dans tous les cas où l'État, la Banque de France ou autres administrations auraient à surveiller le emploi de sommes dotales, il leur suffira pour être affranchis de cette surveillance et déchargés de toute responsabilité de remettre les fonds aux mains d'un notaire ou d'un agent de change désigné par les futurs époux et qui seront seuls chargés de réaliser le emploi ».

162. — Mais nous ne croyons pas que les sociétés puissent s'exonérer elles-mêmes des obligations qui leur incombent à cet effet en insérant dans leurs règlements une clause analogue à la suivante que nous empruntons aux statuts du Crédit Foncier de France : « *La société peut exiger que la signature et la capacité des parties soient certifiées par un agent de change, et dans ce cas*

elle n'est pas responsable de la validité du transfert » (1).

Malgré l'insertion de cette clause nous disons que la société restera exposée aux poursuites de la femme si le remploi vient à être critiqué plus tard pour raison d'insuffisance ou d'inutilité. La raison en est que s'il est loisible à l'épouse de limiter dans ses conventions matrimoniales les recours qui lui appartiennent en cas d'aliénation du fonds dotal irrégulièrement accomplie et de dégager la responsabilité de certains tiers, le même droit ne saurait être reconnu à ces tiers, et qu'il ne peut dépendre d'eux de se rendre irresponsables en privant la femme des garanties que lui offre le droit commun.

163. — Sur la liste des personnes tenues de surveiller l'exécution du remploi, nous avons omis à dessein de faire figurer le nom du vendeur de l'immeuble acquis en remplacement. Sa responsabilité nous paraît en effet hors de cause. Inutilement objecterait-on qu'il existe une connexité intime entre le contrat de vente du fonds dotal et celui d'acquisition de l'immeuble destiné à le remplacer; que la seconde opération n'est qu'une suite indirecte de la première et que si l'une vient à être annulée, l'autre doit tomber aussi par voie de conséquence, ce qui donne à la femme le droit d'agir indistinctement, soit contre son acquéreur, soit contre son vendeur.

164. — Ce système ingénieux sans doute manque d'appui dans les textes et se trouve démenti par les principes mêmes de la matière.

1. Statuts du Crédit Foncier, article 11.

L'action de la femme contre l'acquéreur du fonds dotal se conçoit très bien. Cet acquéreur a fait une opération conditionnelle dont la validité dépend de l'observation rigoureuse des clauses du pacte conjugal. Si elles n'ont pas été exactement accomplies le principe de l'inaliénabilité reprend le dessus, la dot est demeurée indisponible et la vente qui en a été consentie reste susceptible d'annulation. Mais sur quelles bases établir la responsabilité du vendeur de l'immeuble acquis en remploi ? La femme dotale incapable d'aliéner ou capable seulement sous certaines restrictions, est pleinement capable d'acquérir d'après les règles du droit commun et sous la protection de l'article 1594 aux termes duquel : tous ceux à qui la loi ne l'interdit pas peuvent acheter. L'acquisition qu'elle a réalisée dans ces conditions n'a rien d'éventuel ni d'aléatoire ; elle est définitive et ne saurait être viciée par cela seul qu'elle constitue un remploi insuffisant. Le vendeur n'avait pas à s'immiscer dans l'exécution de ce remploi pour en apprécier l'utilité ; n'ayant pas eu à le contrôler, il ne doit pas en répondre. C'était au tiers acquéreur qu'incombait cette obligation ; si sa surveillance a été mise en défaut, il est raisonnable qu'il en subisse les conséquences et ne les fasse pas retomber sur un autre (1).

1. En ce sens : Cass. 14 juin 1881. S. 82. I. 97.

§ 2. — **Recours de la femme contre les tiers.**

165. — L'inaccomplissement de l'obligation imposée aux tiers de surveiller le remploi trouve sa sanction dans la faculté accordée à la femme de faire rentrer dans son patrimoine ceux de ses biens dotaux indûment aliénés (art. 1560).

Cette faculté, qui lui est expressément reconnue par l'article 1560, ne la prive pas au surplus du recours offert par le droit commun à tout créancier lorsque le paiement de sa créance a été fait à une personne n'ayant pas qualité pour le recevoir comme cela est précisément arrivé dans notre espèce.

Le versement des sommes provenant de la vente des biens dotaux effectué entre les mains du mari incapable de les toucher sans remploi est nul, et le débiteur pourra être obligé d'en faire un nouveau conformément à la règle *qui paie mal paie deux fois* (art. 1257) (1).

La coexistence de ces voies de recours n'est pas sans utilité pour la femme. Ayant en principe l'option entre les deux, elle choisira l'une ou l'autre suivant les circonstances. La première lui sera plus avantageuse si le bien dotal a été aliéné au-dessous de sa valeur ou si cette valeur a augmenté depuis l'aliénation par suite de circonstances naturelles indépendantes du fait de l'acheteur; elle aura intérêt à prendre la seconde dans le cas contraire.

1. Grenoble, 17 décembre 1835. S. 1836, 2, 307. — Cass., 3 décembre 1888. S. 89, 1, 121.

Nous les examinerons séparément, en insistant particulièrement sur l'exercice de l'action révocatoire qui rentre davantage dans le cadre de notre étude.

1° *Exercice de l'action en nullité* (art. 1560).

166. — Cette action est-elle exclusivement attachée à la personne de la femme? L'exercice doit-il en être différé jusqu'à la séparation de biens ou appartient-il au mari administrateur de la dot comme celui des autres actions dotales? Enfin les tiers ne sont-ils pas en droit d'y opposer certaines fins de non-recevoir, et, dans le cas où ils viendraient à être évincés, ne peuvent-ils pas intenter un recours, soit contre le mari, soit contre la femme elle-même. Tels sont les divers points que nous allons successivement passer en revue.

167. — Sous le régime dotal pur, la nullité de l'aliénation de la dot consentie en dehors du cercle assez étroit des exceptions légales est essentiellement relative et peut être seulement proposée par certaines personnes limitativement déterminées, en tête desquelles figurent la femme et le mari (art. 1560). Encore ne l'exercent-ils pas concurremment. Le mari peut seul agir tant qu'il a l'administration des biens dotaux, c'est-à-dire tant que le mariage n'a pas été dissous ou qu'il n'est pas intervenu entre les époux une séparation de corps ou de biens. La femme a les mêmes droits si l'un de ces événements vient à se réaliser.

168. — Quant à leurs ayant-cause, héritiers ou créanciers, une distinction est nécessaire. Ceux du mari sont dans l'impossibilité d'agir puisque le mari est un manda-

taire dont les droits intransmissibles expirent avec les pouvoirs qui lui ont été confiés. Mais ceux de la femme ne le pourront-ils pas? La question paraît hors de controverse en ce qui concerne les héritiers et les créanciers hypothécaires en droit de poursuivre leur gage en quelques mains qu'il passe.

169. — Elle est vivement discutée au contraire par rapport aux créanciers chirographaires antérieurs au mariage. L'opinion qui tend à prévaloir en jurisprudence leur refuse le droit d'intenter l'action en nullité de l'article 1560. L'inaliénabilité de la dot, fait-on remarquer en ce sens, n'a pas été établie dans leur intérêt, ils n'ont pas qualité pour l'invoquer.

A cela il est facile de répondre : l'incapacité de la femme mariée ne l'a pas été davantage, on ne fait pas difficulté cependant pour reconnaître qu'ils peuvent exercer les actions en nullité fondées sur un défaut d'autorisation maritale. Du reste, si l'argument est juste pourquoi ne pas l'étendre aux créanciers munis d'une hypothèque? Ils sont placés, dit-on, dans une situation particulière, ils agissent en vertu d'un droit réel qui leur est propre. Mais ainsi qu'on l'a justement observé, ce droit réel autorise simplement le créancier à faire valoir son hypothèque sur l'immeuble devenu la propriété du tiers acquéreur, il ne lui permet pas de faire tomber une aliénation consentie par son débiteur.

En vain, objecterait-on encore, que les créanciers chirographaires ne sauraient être admis à attaquer la vente de l'immeuble dotal parce qu'ils n'ont pas de droit de suite. Cet immeuble n'est pas en réalité sorti du patri-

moins de la femme d'une façon définitive puisque l'aliénation en a été indûment faite; l'action en nullité reste à l'épouse, et comme cette action a un caractère essentiellement pécuniaire, elle fait partie du gage commun de ses créanciers; il est naturel qu'ils puissent l'exercer sans distinction (1).

170. — Quant au tiers acquéreur, d'après l'avis à peu près unanime de la doctrine et de la jurisprudence, il ne peut provoquer de son chef la nullité de la vente qui lui a été consentie, pas plus que l'acquéreur du bien appartenant à un mineur ou à une femme mariée ne serait en droit de le faire. Cette nullité fondée sur une incapacité spéciale à l'épouse dotale ne saurait être invoquée que par les personnes au profit desquelles elle a été édictée; elle ne l'a pas été dans l'intérêt de l'acheteur et il se trouve sans qualité pour la faire valoir (2).

171. — L'application de ces principes en vigueur sous le régime dotal pur, doit-elle être étendue au régime dotal adouci par une clause autorisant l'aliénation de la

1. En ce sens : Colmet de Santerre, Tome 6, n° 232 *bis*. — Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 1873. — Guillouard, IV, n° 1889. Benech, *op. cit.*, n° 104. — Seriziat. *Régime dotal*, n° 196. *Adde.* Bordeaux, 26 novembre 1889, S. 91, 2, 233. En sens contraire : Aubry et Rau, V. § 537. Texte et note 25. Troplong, IV, n° 3519. *Adde.* Nîmes, 2 avril 1832. S. 1832, 2, 519. — Montpellier, 17 juillet 1846. S. 46, 2, 557. — Paris, 2 janvier 1858. S. 58, 2, 256. Cassation, 18 juillet 1859. S. 60, 1, 432.

2. Cassation, 25 juin 1822. Sirey C. N. VII, I. 98. — Cassation, 25 avril 1831. S. 32, I. 623. — Paris, 26 février 1833. S. 33, 2, 230. — La doctrine est dans le même sens.

dot à charge de remploi lorsque ce remploi n'a pas été exécuté ou l'a été d'une façon incomplète? L'affirmative nous semble certaine puisque si la condition de remploi vient à défaillir on retombe sous le régime dotal pur, la règle de l'inaliénabilité reprenant toute sa force et toute son autorité.

172. — Cette extension a pourtant soulevé de sérieuses difficultés, particulièrement en ce qui concerne les droits du mari. Si on est d'accord pour reconnaître qu'il est impossible à la femme non séparée de biens d'agir elle-même contre le tiers acquéreur pendant la durée du mariage, on ne l'est plus sur le point de savoir si le mari peut agir en son nom et demander la restitution du bien dotal aliéné sous prétexte que cette aliénation n'a pas été suivie du remploi prescrit par le contrat de mariage.

L'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence lui refuse ce droit. Elle en donne ces motifs parfaitement analysés par un arrêt de la Cour de Grenoble : que le mari auquel incombe encore plus directement qu'à l'acheteur la mission de surveiller la régularité du remploi ne saurait se prévaloir de sa propre négligence pour exciper de l'inexécution de ce remploi; que cela lui est d'autant plus difficile qu'il est tenu envers l'acquéreur d'une obligation de garantie et ne peut l'évincer conformément à la maxime « *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* ». Elle ajoute qu'il n'y a aucun argument à tirer en sens contraire de la partie finale de l'article 1560 applicable seulement lorsque les époux ont adopté le régime dotal dans toute sa rigueur et non lorsqu'ils l'ont modifié par une clause permettant l'aliénation

de la dot sous condition de remploi ; qu'en effet, ce remploi restant toujours possible en droit jusqu'à la dissolution du mariage, c'est seulement à partir de cette époque que son inaccomplissement sera susceptible d'entraîner l'annulation de la vente du fonds dotal (1).

173. — Ces arguments ne peuvent nous convaincre et nous nous rangeons du côté de la minorité qui permet au mari de demander contre l'acquéreur la nullité de la vente non suivie de remploi.

La raison principale de notre décision est la suivante : L'aliénation de la dot irrégulièrement consentie donne ouverture à une action en nullité. Cette action, tout le monde le reconnaît, peut être intentée par la femme après la dissolution du mariage ou une simple séparation de biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la dot est absolument inaliénable ou conditionnellement aliénable. Or, ce que l'épouse peut faire lorsqu'elle a repris l'administration de sa dot, le mari doit pouvoir le faire également tant qu'il détient cette administration, puisqu'alors il représente la femme et la remplace. Du moment où l'action révocatoire a pris naissance, il en a l'exercice comme celui des autres actions dotales ; pour qu'il en fut autrement il faudrait prouver que cette action n'existe pas.

Nos adversaires ne l'ont pas fait en disant que le défaut de remploi n'entraîne aucune nullité tant que l'exécu-

1. En ce sens, Aubry et Rau, V. S. 537, texte et note 91, p. 582. — Benech, *op. cit.*, n° 106. Tessier, *op. cit.*, I, p. 403. Grenoble, 28 juillet 1865. S. 66. 2, 137. Contra : Note de M. Labbé. Sirey, 1866. 2, 137.

tion de ce remploi est encore possible, c'est-à-dire pendant toute la durée du mariage. Si cela était vrai, il faudrait en conclure que la femme elle-même est incapable d'agir durant toute cette période et même après, si on admet comme nous l'avons fait que le remploi peut encore être utilement effectué une fois le mariage dissous. La seconde de ces conséquences aboutirait à priver l'épouse de tout recours contre les tiers, et la première pourrait ne lui offrir qu'un recours illusoire si l'acheteur devenait insolvable après avoir dégradé l'immeuble dotal. Aussi s'accorde-t-on généralement pour les écarter. Ce qui donne naissance à l'action de la femme ce n'est donc pas la séparation de biens ou la dissolution du mariage mais l'atteinte portée au principe de l'inaliénabilité dotale. Or, cette atteinte existe aussi bien lorsque la dot a été aliénée en dehors des prévisions du contrat de mariage que lorsqu'elle l'a été en dehors des exceptions légales. Dans un cas comme dans l'autre le principe de l'inaliénabilité n'est plus respecté et l'article 1560 devient directement applicable.

Sans doute, la nullité qui affecte la vente des biens dotaux pourra disparaître plus tard par l'accomplissement de la condition de remploi mise à leur aliénabilité, mais cela ne l'empêche pas d'exister tant que cette condition n'a pas été remplie. Il en est un peu ici comme sous le régime dotal pur lorsque les époux ont aliéné la dot sans observer les formalités légales. Cette aliénation est entachée d'une nullité relative qu'il sera loisible à la femme d'effacer à la dissolution du mariage par une ratification si elle n'aime mieux la faire valoir auparavant,

soit par elle-même, soit par le ministère de son mari. L'exécution du remploi équivaldra dans notre espèce à cette ratification et tant qu'elle n'aura pas eu lieu la femme sera libre d'agir contre l'acheteur et de lui reprendre son immeuble irrégulièrement aliéné. Ce droit elle l'exercera elle-même après la séparation de biens ou la dissolution du mariage et auparavant par l'intermédiaire de son mari conformément à l'article 1549 aux termes duquel : le mari administrateur de la dot a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs sans distinction aucune.

Pour arrêter cette action maritale, il ne suffirait pas à l'acquéreur d'invoquer la maxime « *qui doit garantir ne peut évincer* », car le mari doit la garantie en qualité de vendeur, et il agit dans l'espèce comme représentant de la femme.

175. — Cette qualité de mandataire ne permet pas au mari de transmettre son action à ses héritiers ou à ses créanciers ; cette action est attachée à sa personne et ne survit pas à l'expiration de ses pouvoirs.

176. — Au contraire, celle de la femme, d'après l'opinion prédominante en doctrine et en jurisprudence, passe à ses héritiers et à ses créanciers hypothécaires. Quant à ses créanciers simplement chirographaires, la controverse que nous avons signalée sous le régime dotal pur se retrouve ici. L'insertion dans le contrat de mariage d'une clause permettant l'aliénation des biens dotaux n'ayant pu avoir pour résultat de modifier leur situation, nous leur accorderons une action contre l'acheteur pour les motifs que nous avons précédemment exposés.

177. — Nous refuserons par contre à cet acheteur le droit de provoquer lui-même l'annulation de la vente faite à son profit. Cette solution, qui est généralement admise sous le régime dotal ordinaire s'impose ici avec d'autant plus de force que l'acheteur n'a pas dû ignorer le caractère de l'immeuble dont il s'est rendu adjudicataire puisque le mari s'est engagé envers lui à en effectuer le remploi.

178. — Néanmoins comme il n'était débiteur que sous une condition : celle de l'inexécution du remploi, nous pensons qu'il y a lieu de lui permettre de répéter son prix s'il a commis l'imprudence de le payer avant l'arrivée de cette condition. Le mari n'avait pas qualité pour recevoir un tel payement.

En résumé, le droit de demander la nullité de la vente du fonds dotal pour inexécution du remploi appartient pendant le mariage au mari mais non à ses créanciers ; à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens à la femme et à ses créanciers hypothécaires ou simplement chirographaires à condition qu'ils aient action sur les biens dotaux ; après la mort de la femme à ses héritiers et à ses successeurs universels. Quant à l'acquéreur il ne saurait se prévaloir de cette nullité, car elle est seulement relative et n'a pas été édictée à son profit.

179. — Il se peut que le tiers actionné par la femme ou ses ayant-cause à l'effet de payer ou de délaisser soit en état d'arrêter ces poursuites en leur opposant une fin de non recevoir.

Il ne lui suffirait pas pour cela de prouver que la femme a concouru à l'aliénation, ni même qu'elle a accepté le remploi, cette acceptation ne la rendant pas irrecevable

à critiquer plus tard la régularité de ce emploi. Mais il pourra invoquer, soit une prescription acquisitive ou extinctive accomplie à son profit, soit une ratification de la femme intervenue à une époque où elle avait recouvré la libre disposition de sa dot.

Il lui sera également loisible d'alléguer que les baisses de valeur ou les causes d'éviction qui ont rendu le emploi inutile ou insuffisant sont survenues postérieurement à l'exécution de ce emploi. Ce sera à lui dans ce cas de démontrer l'exactitude de l'exception qu'il invoque conformément à la maxime *reus es excipiendo fit actor*.

Si la contestation porte sur l'existence même du emploi, il repoussera l'action dirigée contre lui en prouvant que ce emploi a été effectué. Ce point une fois établi si la femme prétend qu'il est irrégulier, insuffisant, elle devra faire la preuve de cette irrégularité ou de cette insuffisance.

180. — L'acheteur qui a négligé de faire valoir ces moyens de défense ou qui n'a pas réussi à les faire triompher pourra-t-il encore échapper au délaissement en offrant son prix s'il ne l'a pas payé ou en offrant de le payer une seconde fois s'il a commis l'imprudence de s'en dessaisir avant que le emploi n'ait été réalisé? On s'accorde généralement pour lui reconnaître ce droit tant qu'une séparation de biens n'est pas intervenue entre les époux. Nous croyons qu'il faut aller plus loin et lui permettre de repousser par l'offre de son prix les poursuites intentées contre lui même après la séparation de biens ou la dissolution du mariage. Nous avons essayé de montrer, en effet, que le emploi était encore possible après ces

événements et que son exécution tardive procurait à la femme les avantages qu'elle avait recherchés en le stipulant : celui de mettre sa dot à l'abri des dilapidations du mari et celui de la soustraire aux engagements qu'elle viendrait à contracter pendant la durée de l'association conjugale. Que pourrait-elle demander de plus à l'acheteur qui lui offre, par la réalisation du emploi, de la replacer exactement dans la situation où elle se serait trouvée s'il avait été satisfait plus tôt aux prescriptions du contrat de mariage (1)? Prétendrait-elle que cette réalisation tardive l'empêche de profiter des accroissements de valeur qu'aurait pu prendre l'immeuble acquis en remplacement à une époque antérieure? Cette prétention, nous le verrons, pourra servir de base à une poursuite en dommages-intérêts contre le mari coupable d'un retard ou d'une négligence dans l'accomplissement de son mandat; elle nous paraît insuffisante pour motiver une action en nullité contre l'acquéreur du fonds dotal qui n'avait ni les moyens d'exécuter le emploi, ni le droit de forcer le mari à l'exécuter plus tôt, mais simplement le devoir d'en surveiller l'exécution.

181. — Si ces différentes fins de non recevoir, n'ont pas été opposées ou qu'elles n'aient pas été admises, l'action de la femme suivra son cours régulier.

Le tiers acquéreur n'ayant plus aucun moyen de se

1. Cette question se trouvant intimement liée à celle de savoir si le emploi peut encore être utilement effectué après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, nous renvoyons pour les développements à ce que nous avons dit précédemment. Nos 126, 127, 128, 129.

soustraire au délaissement devra rendre l'immeuble qu'il a acquis contrairement à la loi du pacte conjugal.

182. — Cette obligation entraînera pour lui celle de restituer en plus, une partie ou même la totalité des fruits qu'il a perçus.

Les auteurs sont en désaccord sur le point de savoir à partir de quelle époque devra se faire cette restitution.

D'après certains, l'acheteur aurait à restituer tous les fruits produits par l'immeuble à dater du jour même de la vente car il les a perçus de mauvaise foi puisqu'il n'ignorait pas ou du moins ne devait pas ignorer le vice de son acquisition (1) (art. 549 et 550).

D'après d'autres, au contraire, c'est seulement à compter de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens qu'il sera tenu de faire cette restitution. Ils en donnent ce motif que le mari ayant eu la jouissance des biens dotaux jusqu'à l'arrivée de l'un de ces deux événements a pu valablement disposer de leurs fruits pour la durée de son administration (2).

Cette seconde opinion nous paraît plus juridique. Le tiers dans ce cas n'acquiert plus les fruits comme possesseur de bonne foi mais comme acheteur parce que le mari à qui ils appartenaient en a disposé en sa faveur. Toutefois nous croyons utile de mettre une restriction à la généralité de cette règle. Le mari a des obligations à remplir comme contre-partie de son droit de jouissance

1. Riom, 26 juin 1839. S. 40. 2, 145. Adde : Guillouard. *Contrat de mariage*, IV, n° 1986.

2. Benech, *op. cit.*, n° 101.

sur la dot. Il est tenu de subvenir aux dépens du ménage. Aussi d'après la jurisprudence la plus récente a-t-il seulement le droit de céder la portion des revenus dotaux qui reste libre une fois qu'il a été satisfait à ces charges (1). Quant à l'autre partie, il ne saurait la détourner de sa destination naturelle qui est de subvenir aux besoins de la famille. S'il l'a fait, il l'a fait sans droit et la femme ou ses ayant-cause peuvent en exiger la restitution.

183. — L'acheteur qui se voit évincer d'un bien que le contrat lui avait promis peut exercer un recours en garantie, soit contre le mari, soit même contre la femme.

S'il agit contre le mari il lui sera loisible de se faire rembourser la totalité du prix qu'il a payé ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. Il pourra réclamer en outre des dommages-intérêts si son vendeur a contracté envers lui une obligation formelle de garantie.

Indépendamment de ce recours que lui offre le droit commun, il y a lieu de se demander s'il ne sera pas subrogé dans les droits et actions de la femme qu'il a désintéressée et en particulier s'il ne pourra pas se prévaloir de son hypothèque légale? Nous ne pensons pas qu'il ait ce droit. On se trouve en effet en dehors des termes de l'article 1251-3° qui dispose que le bénéfice de cette subrogation sera seulement acquis à celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement d'une dette avait intérêt à l'acquitter. Or, tel n'est pas le

1. Cass. 14 août 1883. S. 86. I, 37. — Cass. 24 novembre 1890. D. 91. I, 425.

cas de l'acheteur seul mis en cause par l'exercice de l'action révocatoire (1).

184. — L'acquéreur évincé peut encore, avons-nous dit, exercer dans certains cas des poursuites contre l'épouse elle-même. Bien qu'elle ne soit pas tenue en principe à des dommages et intérêts, ni même à la restitution du prix de vente, il serait injuste cependant qu'elle s'enrichisse aux dépens de ceux qui ont traité avec elle en conservant la portion de ce prix qu'elle n'a pas dissipée. L'article 1312, qui oblige les mineurs, les interdits et les femmes mariées non autorisées, à rendre les sommes dont ils ont fait un emploi utile, lorsqu'ils revendiquent leur bien injustement aliéné, lui est alors directement applicable.

185. — Mais faut-il aller plus loin et la déclarer tenue d'une véritable obligation de garantie au même titre qu'un vendeur ordinaire si elle a cautionné la vente du fonds dotal sur ses paraphernaux?

La doctrine et la jurisprudence sont en désaccord sur cette question. Nous croyons qu'il faut la résoudre dans le sens de l'affirmative.

La femme dotale, en effet, n'est pas incapable de s'obliger, elle est incapable de contracter des engagements exécutoires sur la partie de son patrimoine frappé d'inaliénabilité. Or, la dot sera conservée par cela seul que l'obligation de garantie ne pèsera pas sur elle, c'est tout ce que veut la loi. Sans doute l'épouse aura peu d'intérêt alors à reprendre son bien et en fait il sera rare qu'elle intente

2. En ce sens : Rouen, 7 juillet 1885. S. 89. I. 123.

une action en nullité, mais en droit elle reste libre de le faire, l'intégrité de sa dot se trouve ainsi assurée ; les parties n'ont pas désiré autre chose en stipulant le régime dotal. Il serait contraire à leur volonté d'étendre aux paraphernaux une protection qui dans leur pensée aussi bien que dans celle du législateur devait être restreinte aux biens frappés de dotalité. La jurisprudence la plus récente est conforme à cette opinion (1).

2° *Exercice de l'action en payement* (art. 1257).

186.—L'exercice de l'action révocatoire que nous venons d'étudier et un des moyens offerts à la femme pour obtenir des tiers la réparation du préjudice que lui a causé le défaut de remploi.

Ce n'est pas le seul. Au lieu de reprendre sa dot en nature, l'épouse peut, si elle le préfère, la reprendre en valeur, et obtenir un second payement du prix de vente, le premier n'ayant pas été libératoire pour l'acheteur qui l'a effectué sans exiger un remplacement.

A vrai dire ce ne sont pas là deux droits distincts mais bien plutôt deux formes différentes de l'exercice d'un même droit. Aussi y a-t-il lieu d'appliquer à cette seconde

1. Voy. en ce sens : Cassation, 4 juin 1851. S. 51, I, 465. — Cassation, 20 juin 1853. S. 54, I, 5. — Montpellier, 2 mai 1854. S. 1854, 2, 6 87. Adde : Colmet de Santerre, VI, n° 232 *bis*. — Rodière et Pont, III, n° 1880. — Guillouard, IV, n° 1903. — Tessier. *De la dot*, II, p. 76. En sens contraire. — Rouen, 5 décembre 1840. S. 41, 2, 71. — Toulouse, 19 août 1843. S. 44, 2, 344. — Limoges, 10 février 1844. S. 45, 2, 28. Agen, 17 juillet 1848. S. 48, 2, 602. Adde : Gide : *Revue critique*, 1866, p. 89. — Troplong, IV, n° 354. — Jouitou : *Rég. dotal*, n° 219.

voie de recours la plupart des règles que nous avons précédemment adoptées en ce qui concerne la première.

187. — Elle appartiendra aux mêmes personnes et pourra être intentée même durant le mariage par le mari ou la femme séparée de biens. Mais dans ce cas le tiers sera en droit de ne payer qu'après s'être fait justifier de la régularité du remploi, sans quoi ce second paiement entaché du même vice que le premier ne le libérerait pas davantage.

Les créanciers de la femme pourront aussi se prévaloir de cette action, car elle a un caractère essentiellement pécuniaire. Il en sera de même encore de ses héritiers ou de ses successeurs universels après la dissolution du mariage.

188. — Le tiers poursuivi par la femme ou ses ayant-cause aura le droit de se soustraire à leur action en y opposant une fin de non-recevoir. Il prouvera par exemple que le remploi dont on lui oppose l'inexistence a été régulièrement accompli. Il invoquera en sa faveur une ratification ou une prescription. Cette prescription extinctive de l'action en paiement s'accomplira par le laps de trente années qui commenceront à courir seulement du jour de la dissolution du mariage (art. 2256). L'action en nullité de l'article 1560 se prescrit, au contraire, d'après l'opinion la plus généralement admise, par dix ans à compter de la même époque. Il pourra donc se faire que la femme, après avoir perdu l'exercice de son action révocatoire conserve encore celui de son action personnelle, et s'adresse à l'acheteur à l'effet d'en obtenir un second paiement. Qu'on ne soit pas choqué du résultat. Le légis-

lateur, en offrant à l'épouse une sûreté nouvelle n'a pu vouloir la dépouiller de celles que lui accordait le droit commun. Or, d'après le droit commun le créancier est en droit d'agir pendant trente ans contre le débiteur qui n'a pas payé sa dette ou qui l'a payée à une personne n'ayant pas qualité pour recevoir le paiement.

189. — L'acheteur ainsi poursuivi, s'il n'est en état d'invoquer aucune fin de non recevoir, devra verser une seconde fois son prix d'acquisition. Il sera tenu en plus de payer les intérêts de ce prix à compter du jour de la vente s'il se trouve dans l'une des hypothèses prévues par l'article 1652,

190. — Après cela, il lui sera loisible d'exercer un recours en garantie suivant les distinctions que nous avons précédemment admises.

Il pourra même, croyons-nous, faire valoir les droits de la femme contre son mari. En effet, en payant une seconde fois le prix du bien dotal, il acquitte une dette qui lui était commune avec ce dernier, comme lui débiteur de ce prix, et auquel la femme, ainsi que nous le verrons bientôt, aurait aussi bien pu s'adresser pour obtenir son remboursement.

Il a droit par suite au bénéfice de la subrogation légale dans les actions du créancier désintéressé, c'est-à-dire dans les actions et dans l'hypothèque de la femme contre son mari pour la restitution de sa dot aliénée sans remploi (1).

1. En ce sens : Cass., 3 décembre 1888, S. 89, I. 121.

SECTION II

Conséquences de l'inexécution du remploi par rapport au mari.

§ 1. — **Etendue de sa responsabilité.**

191. — Lorsque les parties ont subordonné la faculté d'aliéner le fonds dotal à une condition de remploi, le mari, à moins de clause contraire est chargé de l'exécution de ce remplacement. Il doit y apporter tous les soins d'un bon père de famille et se conformer strictement aux prescriptions du pacte conjugal. S'il s'est rendu coupable d'un retard ou d'une négligence dans l'accomplissement de sa mission, sa responsabilité se trouve engagée de ce chef et la femme pourra le poursuivre en réparation du préjudice que lui a causé le défaut ou l'insuffisance du remploi.

192. — Pour apprécier cette insuffisance, il faudra se placer, comme nous l'avons précédemment remarqué, au moment de l'acquisition des biens achetés à titre de remplacement. Le mari, pas plus que les tiers ne saurait être rendu responsable des événements postérieurs qui viendraient rendre inefficace un remploi présentant à l'origine toutes les garanties désirables alors qu'il n'y a eu de sa part ni faute ni imprudence. Si l'immeuble acheté a subi une dépréciation après son acquisition, l'épouse souffrira de cette moins-value comme elle eût profité d'un accroissement de valeur et n'en pourra demander compte

au mari (1). Il en serait autrement si cet immeuble présentait dès l'origine une différence de valeur notable avec le fonds dotal aliéné. La femme dans ce cas aurait le droit de poursuivre son mari en paiement de cette différence, même de lui demander des dommages-intérêts représentatifs du tort que peut lui avoir causé un remplacement insuffisant.

193. — Ce qui est vrai de l'inexécution partielle du remploi, l'est à plus forte raison de son inexécution totale. Lorsque le mari a reçu pouvoir de vendre les immeubles dotaux à charge d'en employer le prix à l'acquisition d'autres immeubles, et qu'au lieu de faire cette acquisition au nom de son épouse il l'a faite en son nom personnel, celle-ci ou ses héritiers seront en droit de lui demander une compensation pécuniaire en plus de la restitution des valeurs dotales.

Ce point toutefois a été contesté. MM. Demolombe et Carel, en particulier, ont prétendu que la responsabilité du mari était limitée au remboursement du prix des biens dotaux aliénés. Ils ont allégué à l'appui de leur opinion que l'épouse en stipulant le remploi avait simplement voulu s'assurer la conservation de ce prix et non pas se ménager les chances de plus-value qui pourraient résulter d'une acquisition nouvelle, que dans tous les cas son intention à cet égard ne pouvait se présumer et qu'il était nécessaire qu'elle fût formulée en termes exprès.

Cette exigence ne nous paraît nullement justifiée. La vérité est que la femme, en chargeant son mari d'acheter

1 En ce sens, Req. 2 août 1853, D. 54, I. 353.

des immeubles pour remplacer ses biens dotaux aliénés, a entendu assumer par avance les hasards de plus ou de moins-value qui pourraient atteindre ces immeubles postérieurement à leur acquisition. Ces éventualités de hausse ou de baisse sont des conséquences inhérentes, des effets naturels du emploi ; l'épouse profite des uns comme elle souffre des autres, sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de sa volonté à cet égard. Le mari était tenu d'employer les valeurs dotales, il ne l'a pas fait, la femme est en droit d'exiger en plus de la restitution de ces valeurs une indemnité qui la replace dans une situation équivalente à celle où elle se fut trouvée si les prescriptions du contrat de mariage eussent été rigoureusement accomplies.

194. — Le seul point véritablement délicat en cette matière est, à notre avis, d'établir sur quelles bases il conviendra de s'appuyer pour déterminer le montant de cette réparation pécuniaire. Nous ne pensons pas qu'il faille la mesurer, comme on l'a quelquefois soutenu, sur l'accroissement de valeur que les biens achetés par le mari avec les deniers dotaux ont pris par le bénéfice du temps. Le mari en effet a pu se laisser guider dans cet achat par des raisons personnelles d'affection ou de convenance, et rien ne prouve qu'il eût précisément acheté les mêmes biens s'il avait voulu faire l'opération pour le compte de la femme. Cette conjecture apparaîtra surtout très vraisemblable si on suppose que les immeubles ainsi acquis se trouvent enclavés dans d'autres immeubles lui appartenant, où sont situés dans un pays où il avait déjà des propriétés, tandis que la femme n'y possédait rien.

Celle-ci ne saurait bien évidemment être admise dans ce cas à prétendre que le tort qui lui a été causé soit égal au profit réalisé par le mari.

Il nous paraît donc plus sûr et plus équitable d'apprécier ce préjudice d'après la plus-value acquise par la propriété foncière dans la contrée où les biens dotaux se trouvaient situés, car s'ils n'avaient pas été vendus ou s'ils avaient été remplacés il est très probable que l'épouse eût profité de cette plus value.

195. — Quant au moment où il faudra se placer pour faire cette appréciation, le plus opportun nous paraît être celui de la dissolution du mariage. C'est à cette époque que la dot doit être restituée, c'est aussi à cette époque qu'il conviendra de se reporter pour estimer l'accroissement de valeur qu'elle aurait pu prendre si elle n'avait pas été aliénée ou s'il eût été satisfait à la condition de remploi. Ce terme semble d'autant mieux choisi qu'un autre serait forcément arbitraire. D'ailleurs la femme sortant de l'état de subordination où l'avait placée le mariage recouvre alors le plein exercice de ses droits ; elle est libre d'agir, il est juste qu'elle devienne responsable de son inaction et de ses négligences.

§ 2. — **Recours de la femme.**

196. — Nous avons vu quels étaient les droits de la femme contre son mari pendant la durée du mariage. Elle peut le mettre en demeure d'exécuter le remploi et sur son refus se faire autoriser à l'exécuter elle-même,

ou intenter une demande en séparation de biens si ce refus est de nature à mettre la dot en péril.

Elle peut encore, si les immeubles du mari sont aliénés à la requête de ses créanciers, se faire colloquer sur le prix. Cette collocation aura un caractère essentiellement provisoire. Nous en avons dit le motif. Il ne saurait dépendre de la femme de confirmer la vente des biens dotaux par l'abandon de son action contre les tiers à une époque où elle est encore incapable de disposer de sa dot.

C'est donc seulement à la dissolution du mariage qu'il lui sera loisible d'opter d'une façon définitive pour l'action qui lui appartient contre son mari.

197. — D'ailleurs cette action n'est pas exclusivement attachée à sa personne. Elle pourra être exercée suivant les distinctions que nous avons précédemment admises, soit par ses créanciers hypothécaires, ou même chirographaires, soit par ses héritiers ou ses successeurs universels.

Le mari sera aussi en droit d'y opposer certaines fins de non-recevoir tirées par exemple de ce que cette action est prescrite ou de ce que le emploi dont on conteste l'existence a été régulièrement effectué. C'est à lui dans ce cas qu'il appartiendra d'établir le mérite de l'exception qu'il invoque conformément au droit commun, l'épouse ne pouvant être astreinte à faire la preuve d'un fait négatif.

198. — La créance de la femme contre son mari pour le emploi de sa dot aliénée est munie d'une hypothèque légale. Ce point est aujourd'hui admis en doctrine et en

jurisprudence. Il ne saurait être sérieusement contesté en présence des articles 2121 et 2135.

199. — Mais l'accord est loin d'être fait sur le rang qu'il convient d'assigner à cette hypothèque légale. Deux systèmes sont en présence.

D'après le premier, la femme dont le mari a aliéné les biens dotaux sans que cette aliénation ait été suivie du remploi prescrit par le pacte conjugal peut réclamer le bénéfice de son recours hypothécaire à dater du jour du mariage. Il en donne ce motif qu'en n'exécutant pas le remploi le mari est devenu créancier de la femme. Et cette créance remontant au jour du mariage puisqu'elle a sa source dans l'inexécution du mandat confié au mari par les conventions matrimoniales, il doit en être de même de l'hypothèque qui en garantit le paiement.

C'est là, ajoute-t-il, ce que décide expressément l'article 2135-2° lorsqu'il porte : l'hypothèque existe au profit des femmes pour raison de leur dot et conventions matrimoniales sur les immeubles de leur mari, à compter du jour du mariage. Or, la créance provenant de l'aliénation de l'immeuble dotal est tout à la fois une créance pour raison de dot et de conventions matrimoniales. Si on lui objecte que ce même article 2135 n'accorde d'hypothèque à la femme pour le remploi de ses propres aliénés qu'à compter de l'aliénation, il répond qu'en employant le mot « propres » le législateur a eu exclusivement en vue le régime de communauté et qu'il n'y a pas lieu d'étendre à la femme dotale une disposition spécialement écrite pour la femme commune en biens. M. Troplong explique ainsi la raison de la différence

entre les deux régimes : « Le mari qui a vendu le bien
« propre de la femme n'avait avant cette vente contracté
« envers elle aucune obligation relative à ce genre de
« propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouil-
« ler de son bien qu'il s'oblige à l'en indemniser; l'alié-
« nation engendre seule l'obligation, et l'obligation donne
« naissance à l'hypothèque. Au contraire, lorsque le
« mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat
« de mariage qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt
« la responsabilité qu'il avait promise dès l'instant du
« contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son
« avoir bien avant la vente du fonds dotal; cette aliéna-
« tion ne produit donc pas l'hypothèque, elle n'est que
« l'évènement qui force la femme à en user. »

Cette opinion a été sanctionnée par plusieurs arrêts de la Cour de Cassation et des Cours d'appel, et la jurisprudence peut être considérée comme définitivement établie en ce sens (1).

200. — Un parti considérable dans la doctrine soutient au contraire que l'hypothèque légale de la femme ne remonte pas au mariage et prend seulement rang à dater de l'aliénation.

Il invoque à son appui les termes très précis de l'article 2135, d'après lequel la femme n'a d'hypothèque

1. Voy. — Grenoble, 6 janvier 1831. S. — 1832, 2, 200. — Toulouse, 12 juin 1860. S. 1860, 2, 545. — Cass., 16 mai 1865. S. 1865, 1, 345. — Riom, 16 juin 1877. S. 1878, 2, 295. — Nîmes, 28 janvier 1879. S. 79, 2, 263. — Cass., 10 février 1892. S. 92. I, 181. *Adde.* Troplong. *Priv. et Hyp.*, II, n° 589. Benech, *op. cit.*, n° 111. Tessier, *De la Dot*, Tome II, n. 134.

pour le remploi de ses propres aliénés *qu'à compter du jour de la vente*. C'est arbitrairement qu'on a voulu restreindre la portée très large de ces expressions au régime de communauté en établissant une distinction là où la loi ne distingue pas. La généralité des dispositions de l'article 2135 résiste à cette interprétation restrictive et s'applique à toutes les femmes aussi bien à la femme dotale qu'à la femme commune. Autrement il faudrait admettre que le régime de communauté étant le seul sous lequel tous les biens de la femme ne lui soient pas propres la disposition qui fait partir l'hypothèque du jour de l'aliénation est inapplicable non-seulement au régime dotal, mais aux autres régimes. Cela ne saurait être accepté et n'est accepté par personne.

Toute l'argumentation du premier système se réduit dès lors à ceci : La créance de la femme contre son mari pour l'emploi de ses biens dotaux irrégulièrement aliénés remonte au mariage parce que c'est une créance pour raison de dot et de conventions matrimoniales. Or ces deux propositions sont l'une et l'autre inexactes.

Cette créance n'est pas une créance pour raison de dot, car le prix de l'immeuble vendu ne fait pas partie de la dot dans le sens étroit donné à cette expression par l'article 2135. La suite du texte le montre bien. Si le législateur avait voulu prendre le mot dot dans l'acception large qu'on lui prête, il aurait dû y faire rentrer les autres créances dotales de la femme et assigner à l'hypothèque qui les garantit un rang unique, celui de la célébration du mariage. Au lieu de cela, il les divise en trois catégories distinctes, les protégeant d'une façon plus ou moins

énergique suivant le groupe auquel elles appartiennent.

On ne saurait donc faire remonter le recours hypothécaire de la femme dotale pour défaut de emploi à l'époque du mariage pour cette unique raison que la créance dont il assure le recouvrement fait partie de la dot, car les autres créances énumérées par notre article font aussi partie de la dot, ce qui n'empêche pas l'hypothèque qui les garantit de prendre rang à une date ultérieure. Le mot dot peut être pris dans deux sens différents, dans un sens large ou dans un sens restreint. La jurisprudence a choisi le premier ; le second paraît plus conforme à l'esprit et au texte de l'article 2135. Sans cela, et si l'on pressait l'argument, il en faudrait logiquement déduire que les propres de la femme commune faisant aussi partie de sa dot, l'hypothèque qui résulte de leur aliénation doit partir du mariage. Que deviendrait alors l'avant dernier alinéa de notre article ?

La créance de la femme pour le emploi de sa dot n'a pas non plus sa source dans les conventions matrimoniales. Par conventions matrimoniales le texte entend désigner ici les divers avantages matrimoniaux résultant pour l'épouse de son contrat de mariage. La jurisprudence a élargi le sens naturel de ces expressions en les étendant aux stipulations relatives au régime que les parties ont adopté et à la réglementation de leurs intérêts. Si cette interprétation était vraie les différentes parties de l'article 2135 se contrediraient les unes les autres. La convention qui exclut de la communauté et considère comme dotales les sommes parvenant des successions échues à la femme pendant la durée de l'association conjugale est en effet

une convention matrimoniale, et pourtant l'hypothèque attachée au recouvrement de ces sommes ne remonte pas au mariage mais seulement à l'ouverture de la succession. Un résultat analogue se produit en ce qui concerne les donations.

Le recours hypothécaire qui appartient à l'épouse par suite du défaut de remploi de ses biens dotaux aliénés n'étant régi ni par la disposition de l'article 2135 relative à la dot, ni par celle relative aux conventions matrimoniales, reste sous l'empire de la règle formulée par la partie finale du texte en ce qui concerne le remploi des propres. En conséquence, il prend date seulement du jour de la vente et non du jour du mariage (1).

201. — Cette seconde opinion nous paraît préférable. Nous la croyons plus conforme à l'équité et aux vues dont s'est inspiré le législateur dans la rédaction de l'article 2135. En effet, avec le système suivi par la jurisprudence, on arrivera à ce résultat inique en soi, que la femme primera les créanciers qui ont traité avec le mari depuis le mariage bien qu'ils aient un titre antérieur au sien. Il lui suffira pour cela d'aliéner d'accord avec celui-ci une partie de ses biens dotaux et de n'en pas faire remploi.

1. En ce sens : Aubry et Rau : Tome 3, p. 242, § 264, texte et note 74. — Colmet de Santerre. Tome 9, p. 218, n° 105 *bis*, VI. — Seriziat. *Régime dotal*, p. 119, n° 111. — Duranton. Tome 20, p. 44, n° 31 note — Adde : Caen, 7 juill. 1851. S. 52, 2, 92. Agen, 10 juin 1859. S. 1859, 2, 341. — Grenoble, 23 novembre 1870, S. 1871, 2, 12. — Caen, 29 novembre 1872, S. 1873, 2, 134. — Note sous Cass., S. 1892. I, 182.

C'est précisément pour fermer cette porte ouverte à la mauvaise foi que les rédacteurs du Code civil ont consacré la proposition du tribunal demandant que l'hypothèque légale ne prit rang dans ce cas qu'à compter de la vente. Ils ont voulu éviter ainsi que l'épouse put procurer des ressources au mari sans compromettre sa dot et en se montrant généreuse aux dépens des créanciers de ce dernier. Or, ce danger n'étant pas moins à craindre sous le régime dotal que sous le régime de communauté, on ne verrait pas pourquoi il faudrait restreindre à la femme commune l'application de la partie finale de notre texte. L'analogie des situations semble appeler au contraire la similitude des règles.

CHAPITRE IV

LES REMPLOIS DANS LA PRATIQUE. FORMULES DE REMPLOI.

«... .. C'est de la rédaction des actes trop souvent incomplète, obscure ou fautive, que naissent la plupart des procès.... »

DALLOZ.

202. — Plus d'une fois au cours de cette étude nous avons eu à signaler les difficultés d'interprétation suscitées par un vice de rédaction des conventions matrimoniales. On sait que ces conventions semblables en cela aux autres actes notariés sont coulées dans un moule uniforme, spécial pour chaque régime, et dont le type varie peu. C'est ainsi que le formalisme banni de nos lois continue d'exercer dans la pratique un rôle prépondérant.

Nous ne voulons point médire de cette manière de faire. On comprend aisément qu'elle soit nécessaire, et elle peut être excellente à la condition de ne pas dégénérer en routine. C'est malheureusement ce qui arrive quelquefois. Les formulaires rédigés d'après d'anciens errements et de vieux textes ne reflètent pas toujours assez exactement les transformations de la législation ni les revirements de la jurisprudence. Les mœurs changent, les coutumes

passent, les principes se modifient, seules les formules demeurent intactes dans leur immutabilité. Bien qu'elles paraissent d'un autre âge au milieu de cette évolution générale, on n'en continue pas moins à se les transmettre de génération en génération comme un dépôt sacré.

Et ce n'est pas là peut-être le plus grand inconvénient qu'elles présentent. Nous leur adresserons un autre reproche. Assez souvent elles traduisent la volonté des contractants dans une forme bizarre, qui n'offre qu'un rapport trop lointain avec les préceptes de la rhétorique et de la grammaire. Sans doute, un contrat de mariage n'est pas une page de littérature, et nous accordons volontiers que la langue des affaires présente une incompatibilité naturelle avec l'élégance et la pureté du style, mais nous la voudrions plus sobre, plus claire, plus concise.

Nous n'irons pas jusqu'à demander que les conventions matrimoniales aient la précision d'un texte de loi ou qu'elles se bornent à mentionner les dérogations apportées par les parties au droit commun. Une pareille exigence serait excessive. Le contrat de mariage est la charte de la famille. Les époux le liront de préférence aux dispositions du code réputées plus difficiles à comprendre pour eux. Il est bon qu'il condense et qu'il analyse dans leurs grandes lignes les droits et les obligations qui résultent pour eux de l'adoption de tel ou tel régime. Mais encore faut-il que les explications qu'il fournit à cet égard ne deviennent pas une cause de difficultés nouvelles. L'abondance des détails n'exclut pas leur bonne ordonnance et ne doit pas dégénérer en prolixité. Il importe que les différentes clauses du pacte conjugal s'enchaînent les unes

aux autres et puissent se lire facilement, que la volonté des contractants s'en détache avec évidence au lieu d'apparaître enveloppée dans une formule obscure, à double sens, où la pensée se dérobe sous quelqu'une de ces expressions techniques, démodées, incompréhensibles non-seulement pour les parties mais quelquefois pour les notaires eux-mêmes (Voir la clause citée n^{os} 75, 76).

La critique que nous formulons ici s'adresse évidemment à une minorité. Il serait à désirer que cette minorité fût encore plus restreinte. La méthode et la clarté nécessaires à la bonne rédaction des actes notariés en général semblent ici d'autant plus désirables que le contrat de mariage est une source de renseignements précieux pour les tiers.

D'autre part, la matière de l'aliénation de la dot avec emploi a été plutôt entrevue que traitée par le législateur. Ce laconisme des textes en laissant une trop large place à l'arbitraire du juge a augmenté les inconvénients naturels du régime dotal. C'est aux parties, au notaire rédacteur du contrat de mariage de suppléer par une réglementation conventionnelle à cette absence de réglementation légale et de trancher par une clause formelle du pacte conjugal les questions que le silence du code rend susceptibles de controverse.

203. — Nous empruntons au traité du notariat de M. Amiaud, la formule suivante adoptée par la Chambre des notaires de Paris.

FORMULE DE REMPLOI ADOPTÉE PAR LA CHAMBRE DES
NOTAIRES DE PARIS

Nonobstant le régime dotal ci-dessus adopté, la future épouse pourra toujours avec la seule autorisation de son mari et sans être tenue de remplir aucune formalité judiciaire :

« 1° Procéder à tous comptes, liquidations et partages, *accepter toutes donations et toutes successions*, traiter, transiger et compromettre ;

« 2° *Aliéner*, échanger, ou transférer à l'amiable, soit de gré à gré, soit aux enchères publiques, tous ses biens actuels et futurs, meubles et immeubles, rentes, créances, actions, obligations et autres valeurs quelconques.

« Les capitaux provenant de ces ventes, échanges, et transferts, ainsi que tous autres capitaux qui pourront appartenir à la future épouse ou lui advenir par successions, donations, legs ou autrement, devront lors de leur remboursement être employés comme il va être dit.

« L'emploi de ces divers capitaux sera effectué, soit en acquisitions d'immeubles situés en France, rentes sur l'Etat Français, actions de la Banque de France, placements sur particuliers par privilège ou hypothèque sur immeubles situés en France, soit même en actions ou en obligations entièrement libérées des compagnies de chemins de fer Français du Nord, d'Orléans, de Paris à Lyon et à la Méditerranée, de l'Est, de l'Ouest ou du Midi, en obligations également libérées de la société du Crédit Foncier de France ou de la Ville de Paris.

« Les valeurs autres que celles ci-dessus spécifiées, qui pendant le mariage adviendront à la future épouse par successions, donations ou legs, pourront être conservées en nature, mais à la condition qu'elles seront inscrites au nom de la future épouse, avec mention de la dotalité et de l'obligation d'emploi ; en cas d'impossibilité, elles seront déposées, comme il sera ci-après stipulé pour les valeurs au porteur et pour les valeurs nominatives transmissibles par endos.

« Les frais en déboursés et honoraires qui seront à la charge de la future épouse *dans ceux qu'occasionneront les acquisitions ou échanges ci-dessus prévus*, les dettes grévant les successions qui pourront échoir à la future épouse, les droits de mutation dus à l'occasion des successions et legs par elle recueillies, les frais de partage de ces successions et autres y relatifs, et ceux des donations faites au profit de la future épouse serviront jusqu'à due concurrence de remploi sur les quittances qu'en donneront les fonctionnaires publics ou créanciers à qui ces diverses sommes seront payées.

« Les biens et valeurs ainsi acquis en remploi pourront être indéfiniment aliénés ou échangés sans aucune formalité de justice, à la charge de remployer les deniers à en provenir comme il vient d'être dit.

« Les *acquéreurs et débiteurs ne seront tenus que de la matérialité des emplois et ne seront nullement responsables de leur utilité* (1).

« En cas de remploi en achat de rentes sur l'Etat Fran-

1. Voy. n° 144 et suivants.

çais, actions ou obligations des compagnies ci-dessus dénommées de chemins de fer français, obligations du Crédit Foncier de France, ou de la ville de Paris, la remise des deniers dotaux » entre les mains de l'agent de change chargé de la vente vaudra décharge pour les débiteurs ou détenteurs de ces deniers. Il en sera de même de la remise des dits deniers entre les mains du notaire chargé du placement, s'il s'agit de emploi en immeubles ou en créances privilégiées ou hypothécaires. Dans les deux cas, l'obligation du emploi ne pèsera plus que sur l'agent de change ou le notaire suivant la circonstance.

« En cas de vente des mêmes valeurs, la remise des titres entre les mains de l'agent de change chargé de la vente libérera valablement les dépositaires ou débiteurs de ces titres dont le prix sera employé conformément aux dispositions qui précèdent, par les soins de l'agent de change.

« L'agent de change et le notaire, ne seront eux-mêmes tenus que de la matérialité de l'emploi; ils ne seront pas responsables de l'utilité.

« Le Trésor, l'administration de la Banque de France, les compagnies de chemins de fer, la Société du Crédit Foncier de France, la Ville de Paris, les sociétés ou établissements publics quelconques n'auront point à s'immiscer dans ces emplois auxquels ils seront complètement étrangers? Ils ne seront soumis à aucune responsabilité même en cas d'inexécution et ils n'auront par suite aucune justification à demander.

« Les divers emplois et emplois ci-dessus ne seront

válables qu'autant qu'ils seront acceptés par la femme sous l'autorisation de son mari; les titres les constatant inscrits au nom de la femme, feront mention de la dotalité et de l'obligation d'emploi sauf ce qui sera dit ci-après pour les titres au porteur et pour les titres nominatifs transmissibles par endos.

Si lors d'un remboursement les époux ne sont pas en mesure d'opérer l'emploi, les fonds seront déposés à la Caisse des Consignations ou entre les mains d'un notaire du choix des époux, et les tiers débiteurs ou détenteurs seront libérés de la charge d'emploi par ce dépôt à la condition qu'il soit constaté en ce qui concerne la caisse par la délivrance d'un récépissé et en ce qui concerne le notaire par un acte authentique, le tout relatant l'obligation de emploi.

« Dans le cas où les actions, rentes ou valeurs acquises en remploi ou provenant à la future épouse de successions, donations ou legs seraient, soit au porteur, non susceptibles d'être converties en titres nominatifs mentionnant la dotalité et l'obligation d'emploi, soit nominatives transmissibles par endos, il devra être procédé de la manière suivante :

« Les actions, rentes ou valeurs, seront déposées en cas d'acquisition par l'agent de change, et dans les autres cas par tous détenteurs, dans les caisses soit des compagnies, soit de la Banque de France, de la ville de Paris, du Crédit Foncier de France ou de la caisse des consignations qui délivreront des récépissés au nom de la future épouse. Ce dépôt pourra encore être fait, si les époux le préfèrent entre les mains d'un séquestre nommé

sur requête des dits époux ou de l'un d'eux par M. le président du tribunal civil du lieu de leur domicile. Le séquestre donnera récépissé du dépôt authentique.

« Les récépissés porteront les numéros des titres déposés mentionnant le régime dotal et l'obligation d'emploi et indiqueront que les dits titres ne pourront être retirés que par un agent de change désigné par les futurs époux pour en opérer l'aliénation à charge de remploi.

« Lors du retrait, il sera donné par acte authentique, au dépositaire, une décharge des titres, signée des époux et de l'agent de change chargé du remploi.

« La remise effectuée entre les mains de l'agent de change chargé du remploi décharge complètement le dépositaire; l'agent de change, seul tenu de suivre le remploi, sera lui-même déchargé, comme il est dit ci-dessus.

« Il est bien entendu que les primes et lots qui pourraient être attachés aux valeurs dotales de la future épouse lors de leurs remboursements seront quelle que soit leur importance, considérés comme capitaux dotaux et soumis par conséquent aux obligations d'emploi ci-dessus indiquées.

« Les frais de quittances qui constituent les remboursements de valeurs, et la remise de primes et lots, les frais de récépissés et de décharges concernant les dépôts resteront à la charge de la future épouse comme étant occasionnés par son régime dotal.

« Les futurs époux par les stipulations qui précèdent n'entendent pas restreindre les facultés contenues dans les articles 1555, 1556, 1557 et 1558 du Code civil ; ils

déclarent au contraire vouloir appliquer chacune de ces facultés à tous les biens dotaux meubles et immeubles. »

204. — Malgré les développements étendus qu'elle renferme et peut-être même à cause de cela, cette formule n'est pas à l'abri de toute critique. Certaines de ses dispositions, en particulier la réserve stipulée par la future épouse d'accepter les donations ou les successions qui viendraient à lui échoir au cours du mariage, paraîtront d'une utilité contestable, car si le régime dotal limite chez la femme le pouvoir d'aliéner, il n'impose aucune restriction à sa capacité d'acquérir. Par contre, elle passe sous silence divers points sur lesquels les futurs conjoints auraient bien fait de s'expliquer. L'autorisation maritale nécessaire en principe à la validité de l'aliénation du fonds dotal, devra-t-elle encore être obtenue par la femme séparée de corps? Les formes prescrites par les articles 1434 et 1435 relativement à l'origine et à la destination des deniers à employer seront-elles applicables sous le régime dotal? L'acceptation du remploi par l'épouse pourra-t-elle avoir lieu *ex-intervallo*? Les paraphernaux de la femme pourront-ils être utilisés en remploi? Le remploi sera-t-il obligatoire même au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique? Pourra-t-il se faire par anticipation? Lorsqu'il n'aura pas été effectué avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, les tiers détenteurs seront-ils en droit de conserver le bénéfice de leur acquisition en offrant de verser le montant intégral de leur prix entre les mains de la femme ou de ses héritiers? Le contrat de mariage est muet sur ces différentes questions. On dira peut-être qu'il

n'avait pas à s'en occuper parce que la plupart ont été résolues par les tribunaux dans un sens déterminé. Nous répondrons que la jurisprudence si solidement assise qu'elle puisse être ne saurait avoir la stabilité d'un texte de loi, ni d'une convention de mariage et que les parties ont toujours intérêt à se mettre à l'abri de ses fluctuations et de ses revirements possibles.

A d'autres égards encore, la formule adoptée par la chambre des notaires de Paris nous paraît incomplète. C'est ainsi qu'elle omet de fixer un minimum au-dessous duquel le remploi cessera d'être obligatoire lorsque les sommes dotales touchées par les époux au cours du mariage leur sont échues par un fait indépendant de leur volonté. Elle les laisse ainsi exposés aux difficultés et aux ennuis auxquels donnent assez ordinairement lieu le placement d'une somme minime. Enfin celle de ses dispositions relative à la responsabilité des tiers acquéreurs ou débiteurs demanderait, ce nous semble, à être formulée avec plus de netteté et de précision, étant données les exigences de la jurisprudence à ce sujet.

205. — Ces vices de rédaction sont communs à n'en pas douter à un assez grand nombre de formules. Nous en avons vu la preuve au cours de notre travail. Aussi nous a-t-il paru intéressant, avant de clore ce dernier chapitre, de grouper ici les principales dispositions relatives à la réserve d'aliéner les biens dotaux avec remploi qu'il nous paraîtrait utile d'insérer dans le contrat de mariage pour combler les lacunes ou réglementer les points mal définis par la loi.

Il n'entre pas dans notre pensée de proposer cette

seconde formule comme un modèle ; certaines des clauses qu'elle renferme figureront rarement dans un même contrat. Nous la présentons simplement comme un résumé et une synthèse des explications que nous avons fournies. Un renvoi inséré à la fin de chaque article indiquera le numéro où la matière a été traitée.

FORMULE DE REMPLOI PROPOSÉE.

1. *Réserve d'aliéner la dot immobilière* (1).

Malgré l'adoption du régime dotal et indépendamment des exceptions contenues dans les articles 1555, 1556, 1557 et 1558 du Code civil, la future épouse se réserve expressément la faculté de vendre, échanger, partager... (*énumérer nominativement chacune de ces facultés en évitant l'emploi du mot aliéner*) (Voy. n^{os} 32 et suiv.) ses immeubles dotaux sous la seule autorisation de son mari, lorsque cette autorisation sera exigée par la loi (n^o 68), et sans qu'il soit besoin de remplir aucune formalité de justice (2).

1. *Formule à éviter* : « Nonobstant l'adoption du régime dotal la future épouse se réserve le droit avec la seule autorisation de son mari (n^o 68), de disposer de ses immeubles dotaux (n^o 34), ou encore de vendre, liciter, partager ou autrement aliéner (n^o 35) ses biens et créances dotales (n^o 50).

2. Dans le cas assez exceptionnel où les parties voudraient réserver l'exercice de ces mêmes droits au mari, la clause qui le constitue mandataire de sa femme encore mineure pourra être formulée de la façon suivante : « La future épouse constitue son mari comme mandataire spécial à l'effet de vendre, échanger, partager... ses immeubles dotaux, sans qu'il soit besoin de rem-

2. Réserve d'aliéner la dot mobilière (1).

Elle se réserve pareillement et sous les mêmes conditions, la faculté de vendre ou échanger ses meubles dotaux, de céder ou transporter ses créances dotales à l'exception de celles qui lui appartiennent contre son mari pour le recouvrement de sa dot, de compromettre ou de transiger sur ces mêmes biens (2) (n° 46 et suivants).

plir aucune formalité de justice, même dans le cas où elle se trouverait encore en état de minorité à l'époque de ces ventes, échanges, partages... *ou bien au contraire* : sauf dans l'hypothèse où elle serait encore en état de minorité, à l'époque de ces ventes, échanges, partages... auquel cas, il y aurait lieu de se conformer aux prescriptions des articles 457 et suivants du Code civil » (n°s 21, 22, 23).

1. *Formule à éviter* : La future épouse se réserve en outre le droit de recevoir, céder, transporter et vendre ses capitaux, rentes, créances et autres valeurs mobilières sans emploi (n°s 50 et suivants) ou encore : « Elle se réserve le droit d'échanger, hypothéquer et aliéner ses biens dotaux sans emploi (n°s 50 et suiv.) ou enfin : « Elle se réserve le droit de donner mainlevée en faveur des tiers qui traiteraient avec elle ou avec son mari de l'hypothèque légale existant à son profit à raison de sa dot sur tous les biens de son dit mari (n° 57).

2. Si les contractants veulent élargir davantage la brèche faite à l'inaliénabilité de la dot mobilière, ils pourront le faire, à la condition de s'en expliquer clairement, stipuler par exemple : « La future épouse se réserve le droit de contracter des engagements exécutoires sur son mobilier dotal » (n° 48), ou même : « Elle se réserve le droit de céder ses reprises, de subroger un tiers dans son hypothèque légale, d'en donner mainlevée ou de céder son rang de priorité » (Voyez n°s 49, 50, 55, 56 et suiv).

3. *Stipulation d'une clause de remploi* (1).

Les prix des ventes, les soultes des échanges et partages des biens, ainsi aliénés, ne pourront être touchés par les futurs époux qu'à la charge d'être employés, soit en placements hypothécaires sur immeubles situés en France, soit à l'acquisition d'immeubles ruraux ou urbains, soit à l'achat des rentes sur l'État Français, actions de la Banque de France (2), obligations entièrement libérées du Crédit foncier de France ou de la ville de Paris, actions ou obligations également libérées des compagnies des chemins de fer Français : Nord, Orléans, Paris-Lyon-Méditerranée, Est, Ouest ou Midi.

1. *Formules à éviter* : Les prix des ventes, les soultes des échanges ou partages des biens ainsi aliénés ne pourront être touchés par le futur époux qu'à charge par lui de les assurer et reconnaître sur ses biens personnels avec privilège de dot (n° 76) ou encore, « à charge d'en faire emploi en acquisition d'immeubles de même nature (n° 112) de les garantir par un cautionnement, ou de les placer sur hypothèque (n° 97). Le remploi en immeubles se fera sur le premier acquêt réalisé par le mari après la célébration du mariage (n° 98).

2. En l'absence de clause contraire, le remploi pouvant se faire indifféremment en immeubles corporels, en actions de la Banque de France, ou en rentes sur l'État Français, les parties qui désiraient exclure l'un ou l'autre de ces placements devront s'expliquer à cet égard d'une façon précise ; dire par exemple : « Le remploi sera effectué en acquisitions d'immeubles ruraux ou urbains ; il ne pourra se faire ni en rentes sur l'État, ni en actions de la banque de France » (n° 111).

Les biens ou valeurs ainsi acquis seront eux-mêmes indéfiniment aliénables à la condition que l'intégrité du prix provenant de cette aliénation soit employée comme il vient d'être dit (N° 131).

En aucun cas les paraphernaux de la femme ne pourront être utilisés pour servir de remplacement, mais il en sera différemment des immeubles du mari lorsque ces immeubles ne seront grevés d'autres hypothèques que de l'hypothèque légale résultant pour l'épouse de l'aliénation des biens dotaux qu'il s'agit de remplacer (N°s 114, 115).

4. *Etendue de la clause de remploi.*

L'emploi suivant l'un des modes précédemment indiqués s'appliquera non seulement au prix provenant des ventes, échanges ou partages des biens dotaux, mais encore aux primes et lots qui pourraient se trouver attachés aux valeurs dotales possédées actuellement par la future épouse ou qui lui adviendront dans la suite.

Toutefois il cessera d'être obligatoire lorsque ces différentes sommes auront été utilisées au paiement des dettes de la femme antérieures au contrat de mariage ou grevant des biens dotaux qui lui seraient échus pendant sa durée à titre de donation, legs ou succession (N° 116).

La même dispense s'étendra au prix des ventes d'immeubles expropriés pour cause d'utilité publique (N° 152), aux soultes des échanges ou partages et au paiement des créances dotales effectué par un fait indépendant de la volonté des futurs conjoints, lorsque les sommes ainsi touchées n'excéderont pas... pour chaque paiement et quand

bien même ce chiffre se trouverait dépassé par suite de la réalisation simultanée de plusieurs remboursements (N° 80) (1).

Indépendamment de ces réserves la future stipule encore expressément le droit de prélever sur les immeubles ou valeurs mobilières qui lui adviendront dans l'avenir un capital de..... sans être tenue de fournir aucun remplacement.

Les tiers qui auront versé les fonds destinés à opérer ces prélèvements, devront seulement exiger qu'il en soit fait mention sur la minute du contrat de mariage. Et le notaire dépositaire de cette minute sera tenu de reproduire la même mention sur les expéditions qui en seront délivrées sous peine d'engager sa responsabilité personnelle (n° 81).

5. *Formes du remploi.*

Dans tous les cas où il reste obligatoire le remploi devra être constaté par acte authentique, et les deux

1. On pourrait stipuler le contraire. Mais il serait sage dans ce cas de dégager complètement la responsabilité des tiers qui ignoreront le plus souvent la coexistence de ces remboursements : « Dans le cas où ce chiffre... se trouverait dépassé par suite de la réalisation simultanée de plusieurs paiements, le montant intégral des sommes ainsi touchées devra être employé par le mari suivant l'un des modes précédemment indiqués, sans que les tiers puissent être rendus responsables de l'utilité, ni même de la matérialité de ce remploi auquel ils demeurent complètement étrangers et qui ne leur est point opposable. »

déclarations prescrites par les articles 1434 et 1435 relativement à l'origine et à la destination des deniers à employer seront mentionnées dans le contrat d'acquisition (n^{os} 94, 95, 96, 97).

S'il est fait en rentes sur l'État, actions de la Banque de France ou autres valeurs négociables à la Bourse, les titres représentatifs de ces valeurs seront inscrits au nom de la femme et porteront mention de leur dotalité et de l'obligation d'emploi.

Mais de quelque manière qu'il soit effectué, le remploi devra être accepté par la femme (n^o 99 et suiv.). Cette acceptation ne pourra être suppléée par aucune intervention de justice (n^o 108) (1), et elle sera faite encore utilement dans les... mois qui suivront l'acquisition de l'immeuble acheté en remplacement (n^o 104), pourvu qu'elle soit constatée dans la forme authentique, mais sans qu'il soit besoin d'aucune autorisation maritale (n^o 105).

6. *Epoque du Remploi.*

Les acquisitions en remploi pourront, indifféremment précéder ou suivre l'aliénation des biens y donnant lieu (n^{os} 123 et suiv.).

Dans le cas où le mariage viendrait à se dissoudre

1. Les parties pourraient stipuler le contraire : « Le remploi devra être accepté par la femme sauf le droit pour le mari et pour les tiers acquéreurs d'en appeler à la justice d'un refus non justifié et de faire déclarer suffisant par les tribunaux l'immeuble qu'ils proposent en remplacement. »

avant que ce remploi n'ait été exécuté, il sera loisible aux tiers détenteurs d'arrêter l'action en nullité dirigée contre eux en offrant de verser le montant intégral de leur prix d'acquisition entre les mains de la femme ou de ses représentants (n° 126 et 127). Ils auront le même droit après une simple séparation de biens (n°s 128 et 129).

7. Responsabilité des tiers (1).

Les époux seront seuls juges de la validité et de l'utilité du remploi. Les tiers simplement garants de sa matérialité n'auront point à s'immiscer dans son exécution et ne répondront en aucune façon des causes d'éviction ni des recours hypothécaires qui pourraient exister sur les biens acquis en remplacement, à quelque époque que ce soit (2) (n°s 144 et suiv.).

Si les futurs époux ne sont pas en état d'effectuer immédiatement l'emploi des valeurs dotales ou qu'ils négligent de le faire, les tiers après leur avoir fait des offres réelles pourront déposer à la caisse des dépôts et consignations les sommes dont ils se trouvent débiteurs et

1. Formule à éviter : *Les tiers n'auront pas à s'immiscer dans le remploi et seront valablement libérés par la quittance des époux seuls juges de l'utilité de ce remploi.*

2. Ou au contraire : « Les époux seront seuls juges de l'utilité du remploi ; les tiers répondront seulement de sa matérialité et de son insuffisance ainsi que des causes d'éviction ou des recours hypothécaires qui pourraient exister sur les biens achetés en remplacement à l'époque de leur acquisition ».

seront alors complètement libérés par la délivrance du récépissé constatant ce dépôt sans avoir à surveiller la destination ultérieure que recevront les deniers ainsi remboursés (N^{os} 149, 150, 151).

Dans tous les cas où l'État, la Banque de France, la caisse des dépôts et consignations ou autres administrations auraient à surveiller le emploi de sommes dotales, il leur suffira, pour être affranchis de cette surveillance et déchargés de toute responsabilité de remettre les fonds aux mains d'un notaire ou d'un agent de change désignés par les futurs époux et qui seront seuls chargés de réaliser le emploi, mais en demeurant simplement garants de sa matérialité ainsi qu'il a été dit plus haut (N^{os} 153 et suivants).

8. *Frais du emploi.*

Les droits de mutation, les honoraires du notaire ou de l'agent de change et généralement tous les frais occasionnés par le emploi, resteront à la charge exclusive de la future épouse et seront prélevés jusqu'à due concurrence sur le montant du prix de l'aliénation (N^o 121).

CONCLUSION

NÉCESSITÉ D'INTRODUIRE UNE RÉFORME DANS LE RÉGIME DOTAL.

Nous voici arrivé au terme de cette étude. Si on jette un regard en arrière, il est facile de voir que la réserve d'aliéner le fonds dotal à charge de remploi n'est pas sans soulever de graves difficultés pratiques. Les conséquences funestes auxquelles aboutit trop souvent le régime dotal même ainsi mitigé ont soulevé de nos jours encore de légitimes réclamations. On a été jusqu'à proposer de passer un trait de plume sur le chapitre III du titre cinquième du Code civil.

Nous ne nous associerons pas à une mesure aussi radicale. Le régime dotal s'est enraciné profondément dans certaines provinces. On y tient encore par esprit de routine, par tradition de famille, par habitude.

Bien plus, sous la forme d'une clause de dotalité partielle, il s'est glissé dans quelques contrées qui naguère encore pratiquaient exclusivement la communauté. Le mal auquel il doit remédier est, en effet, général et ne semble pas prêt de disparaître. Il y aura toujours des maris dissipateurs et des pères de famille désireux d'assurer l'avenir de leurs filles et de leurs petits-enfants.

Les Romains disaient, il est vrai, que celui qui n'hésite pas à donner sa fille à un homme ne doit pas hésiter non plus à lui confier sa dot. Mais cette assertion n'est pas décisive, car on peut être bon mari et mauvais administrateur. L'usage du régime dotal se conçoit dans ces cas exceptionnels. Il est un mal sans doute, mais dans l'esprit de beaucoup de personnes ce mal est destiné à porter remède à un mal plus grand encore ; l'indisponibilité de la dot apparaît comme une institution protectrice des intérêts de la femme et des enfants contre les folles entreprises et les spéculations aventureuses du mari. Souvent, nous l'avons montré, ce sera là une illusion ; il n'importe, cette illusion est encore partagée par beaucoup de pères de famille. Si on leur enlève la garantie de l'inaliénabilité, ils n'oseront plus se dessaisir de leurs biens. On sait que chez nous, comme à Rome, les femmes sans dot trouvent difficilement un mari. La suppression du régime dotal mettra ainsi un obstacle indirect à la formation des mariages qu'il importe de favoriser avant tout. Aussi nous contenterons-nous de demander sa réforme.

Les prévisions du législateur, il faut bien le reconnaître, ont été trompées. Le régime dotal tel qu'il l'a organisé avec l'inaliénabilité absolue de la dot et l'isolement complet des intérêts pécuniaires des époux n'est pas en usage dans la pratique. Dernier vertige d'un passé qui a disparu, il a cessé d'être en harmonie avec nos institutions modernes. Il avait sa raison d'être à Rome alors qu'on voulait mettre un frein aux divorces et favoriser les secondes noces. Il se comprenait aussi dans notre an-

cien droit où les dots des femmes étaient minimes et où on mettait en pratique ce vieux dicton populaire : « *Jeune fille peut se marier d'un simple bouquet de roses* » Les transactions commerciales n'avaient pas à cette époque le développement qu'elles ont pris de nos jours. Les entreprises financières ou industrielles n'appelaient pas les capitaux comme aujourd'hui, la terre n'était pas un objet de spéculation destiné à circuler de mains en mains, les fortunes avaient une stabilité qu'elles ont perdue. La dotalité convenait parfaitement à cet état de choses mais cet état de choses n'existe plus. Dans notre société actuelle, où la loi appelle tous les enfants au partage égal sans privilège d'âge ni de masculinité, elle constitue une anomalie et un contre sens. Aussi le régime dotal pur a-t-il disparu, mais pour reparaitre sous une autre forme plus adoucie, mieux adaptée aux besoins de notre temps, combiné avec une société d'acquêts et une stipulation relative à l'aliénabilité des biens dotaux.

L'inaliénabilité de la dot que le Code avait établie en principe est maintenant une exception ; et la clause relative à son aliénation qui dans la pensée du législateur devait rester accidentelle tend à devenir la règle. On s'explique ainsi le laconisme et l'insuffisance de la loi sur cette matière. C'est à peine si elle y consacre incidemment quelques articles. Elle n'examine ni quelles personnes pourront stipuler cette clause relative à l'aliénabilité des biens constitués en dot, ni à quelles personnes elle sera opposable, ni quelle pourra être son étendue. Tout a été abandonné à l'initiative des parties et à la sagacité des interprètes. Après avoir traité du remploi sous le

régime de communauté où son application sera moins fréquente, elle néglige d'en parler sous le régime dotal où il est d'un usage courant. Il a fallu suppléer à ce silence des textes; chacun l'a fait à sa manière. De là ces systèmes variés, ces décisions contraires qui en s'ajoutant aux vices inhérents au régime dotal ont achevé de le discréditer.

Le législateur accomplirait, ce nous semble, une œuvre de la plus haute utilité, en comblant ces lacunes qui ont échappé aux rédacteurs du Code civil. Si le régime dotal a soulevé d'aussi ardentes polémiques c'est surtout parce qu'il prête à la fraude et aux abus. Il faut donc s'attacher à rendre ces abus plus rares et ces fraudes moins faciles. Ce résultat n'est pas impossible à atteindre. On l'obtiendrait sans doute en partie en donnant à la dotalité une organisation plus complète et mieux assortie aux nécessités de notre temps. Puisque la clause d'aliénabilité avec remploi est devenue de style dans les contrats de mariage ne vaudrait-il pas mieux l'établir en principe et faire de l'inaliénabilité une exception (1)? On mettrait ainsi le droit d'accord avec la pratique et on éviterait ces stipulations souvent obscures, équivoques, de nature à induire les tiers en erreur et à susciter de nombreuses difficultés d'interprétation. Ne pourrait-on pas en même temps limiter cette aliénabilité conditionnelle de la dot à une partie du patrimoine de l'épouse, aux biens présents par exemple, laissant les biens à venir aliénables purement et simplement? On donnerait de la

1. Voy. en ce sens art. 1405, du code Italien.

sorte satisfaction aux intérêts de la femme dans une certaine limite et on ébranlerait moins fortement le crédit du mari. Enfin ne serait-il pas prudent d'exiger en matière de constitution de dot comme la loi l'exige en matière de constitution d'hypothèque une désignation nominative des biens frappés de dotalité ? Cela rendrait plus facile aux tiers la lecture du contrat de mariage et leur permettrait de mesurer exactement la brèche faite au crédit des époux. Ces différentes réformes sans faire disparaître les défauts du régime dotal les atténueraient sans doute et rendraient peut-être moins fréquent le reproche mérité qu'on lui adresse trop souvent, de sacrifier la morale publique à des intérêts privés.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

NOTIONS HISTORIQUES.

Numéros	Pages
1. — Le mari, en droit Romain, avait à l'origine la propriété des biens dotaux.	125
2. — Inconvénients de ce système.	125
3. — Raison des modifications qui y furent apportées.	125
4. — Loi <i>Julia de fundo dotali</i> et dispositions postérieures.	126
5. — Pourquoi l'inaliénabilité dotale avait moins d'inconvénients dans l'ancien droit qu'à notre époque.	128
6. — Cette inaliénabilité n'était pas inflexible.	129
7. — Son caractère dans la coutume de Normandie.	130
8. — Son extension à la dot mobilière dans le ressort de certains parlements.	132
8 bis — La règle de l'inaliénabilité de la dot s'introduit difficilement dans le Code civil.	132
9. — Elle n'a plus dans notre législation actuelle un caractère d'ordre public et peut être adoucie et même supprimée par les futures époux.	135

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ALIÉNABILITÉ CONVENTIONNELLE DE LA DOT.

CHAPITRE PREMIER

UTILITÉ D'INSÉRER DANS LE CONTRAT DE MARIAGE UNE CLAUSE RELATIVE A L'ALIÉNABILITÉ DE LA DOT.

10. — L'inaliénabilité de la dot est le principal inconvénient du régime dotal.	137
--	-----

Numéros	Pages
11. — Elle est destructive du crédit en condamnant une partie du patrimoine des époux à l'immobilité.	138
12. — Cette immobilité n'est pas toujours limitée à la durée du mariage.	139
13. — Elle expose les tiers à souffrir de la mauvaise foi des conjoints.	140
14. — Elle est un obstacle à la bonne administration du mari.	142
15. — La protection dont elle entoure la dot peut elle-même devenir illusoire.	142
16. — L'insertion dans le contrat de mariage d'une clause permettant l'aliénation des biens dotaux atténue quelques-uns de ces inconvénients.	143
17. — Mais elle laisse peser sur les tiers une lourde responsabilité.	144
18. — Et elle n'empêche pas l'hypothèque de la femme d'ébranler le crédit du mari	145

CHAPITRE II

DE L'INSERTION DANS LE CONTRAT D'UNE CLAUSE PERMETTANT D'ALIÉNER LES BIENS DOTAUX.

19. — Les articles 1327 et 1557 autorisent l'insertion de cette clause.	146
20. — Peut-elle être stipulée par la femme même en état de minorité ? Adoption de l'affirmative.	147
21. — Si la femme a moins de 21 ans l'époque de l'aliénation des biens dotaux y aura-t-il lieu de remplir les formalités prescrites pour les ventes de biens de mineurs ?	148
22. — Non si le contrat de mariage permet au mari d'aliéner seul.	149
23. — Oui si la réserve d'aliéner a été stipulée sans autre explication, ou que le consentement de la femme soit une condition nécessaire à la validité de la vente	149
24. — La stipulation relative à l'aliénabilité des biens dotaux ne peut être modifiée par les époux après le mariage.	150
25. — Mais un donateur pourrait-il, contrairement aux prévisions du contrat de mariage, rendre inaliénables les biens qu'il donne à la femme ?	151

Noméros	Pages
26. — Inversement pourrait-il les déclarer aliénables, alors que d'après le pacte conjugal ils ne doivent pas l'être ?	152

CHAPITRE III

DE L'ÉTENDUE DE LA RÉSERVE D'ALIÉNER.

27. — Les parties peuvent modifier les règles ordinaires du régime dotal	153
28. — Mais leur volonté à cet égard ne saurait se présumer	154
§ 1. — <i>Exceptions de l'inaliénabilité de la dot immobilière.</i>	
29. — La femme a-t-elle le droit de se réserver la faculté d'hypothéquer le fonds dotal ? Exposé de la négative	154
30. — Exposé et adoption de l'affirmative	157
31. — Cette faculté d'hypothéquer le fonds dotal se trouve-t-elle implicitement contenue dans la réserve d'aliéner ? Quelques auteurs l'ont soutenu	161
32. — Critique et rejet de cette opinion	164
33. — Il n'est cependant pas nécessaire que le mot hypothèque soit écrit dans le contrat de mariage. Expressions équivalentes	167
34. — <i>Quid</i> de la réserve d'aliéner et de disposer de biens dotaux	168
35. — <i>Quid</i> de la stipulation de vendre, partager, liciter, échanger ou autrement aliéner le fonds dotal	169
36. — Bien que le pouvoir d'aliéner ne comprenne pas en principe celui d'hypothéquer, les juges peuvent néanmoins l'en déduire <i>par interprétation de la volonté des parties</i> . Arrêt de la Cour de Caen	170
37. — Critique de cet arrêt	171
38. — La faculté d'aliéner l'immeuble dotal n'entraîne pas celle de l'engager sous la forme d'une vente à réméré déguisant un contrat d'impignoration	173
39. — Mais la vente à réméré sera valable si elle est sincère	174
40. — Le droit d'aliéner emporte-t-il celui de compromettre ? Exposé de l'affirmative	174
41. — Adoption de la négative	175

Numéros	Pages
42. — La réserve d'aliéner le fond dotal contient-elle celle de l'échanger ?	176
43. — <i>Quid</i> de la réserve, de le vendre ?	177
44. — La réserve de vendre et d'hypothéquer, le fond dotal emporte-t-elle celle de l'obliger par de simples engagements.	178
45. — Adoption de la négative.	180

§ 2. — *Exceptions à l'inaliénabilité de la dot mobilière.*

46. — Pour la jurisprudence la dot mobilière est inaliénable.	181
47. — En quoi consiste cette inaliénabilité.	182
48. — Conséquences qui en résultent par rapport aux actes de la femme.	183
49. — Les parties qui veulent s'affranchir des restrictions mises à la libre disposition des meubles dotaux doivent insérer une clause à cet effet dans le contrat de mariage.	184
50. — La réserve d'aliéner et d'hypothéquer les biens dotaux suffit-elle pour permettre à la femme de renoncer à son hypothèque légale ?	184
51. — La Cour de Cassation a consacré la négative	185
52. — Objections faites à ce système d'interprétation restrictive.	185
53. — Réponses à ces objections.	189
54. — <i>Quid</i> de la clause autorisant la femme à échanger, liciter, transporter, vendre et aliéner ses biens, meubles et immeubles dotaux avec condition de remploi pour les immeubles seulement.	194
55. — La réserve faite par une femme dotale de donner mainlevée de son hypothèque légale au profit des créanciers de son mari ne lui permet pas d'accorder la même faveur à ses créanciers personnels.	194
56. — Mais la réserve de donner mainlevée de son hypothèque au profit d'un créancier quelconque lui confère-t-elle le droit de céder ses reprises dotales à ce même créancier ?	195
57. — Exposé et adoption de la négative.	196
58. — La faculté de donner mainlevée de son hypothèque permet-elle à la femme de céder son rang de priorité ?	200

CHAPITRE IV. — CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'ALIÉNATION.

59. — Les formalités indiquées par le contrat de mariage devront être rigoureusement observées.	201
60. — S'il se borne à autoriser l'aliénation des biens dotaux le concours de la femme sera nécessaire pour la vente des immeubles	202
61. — Mais le mari ne pourrait-il pas aliéner seul les meubles ?	202
62. — L'affirmative est consacrée par la jurisprudence	203
63. — Critique de système et adoption du système contraire. .	204
64. — Le pouvoir d'aliéner seul conféré au mari ne peut résulter que d'un mandat spécial	208
65. — Le mari est alors placé dans la situation d'un mandataire ordinaire	209
66. — Il peut vendre les biens dotaux au prix qu'il jugera convenable en l'absence de stipulation contraire	210
67. — <i>Quid</i> si le contrat de mariage autorise la femme à aliéner les biens dotaux sous la seule autorisation de son mari ?	211
68. — Cette autorisation devra-t-elle être obtenue même par la femme séparée de corps ? Exposé de l'affirmative. . . .	212
69. — Exposé et adoption de la négative.	214
70. — Conséquences de l'inobservation des formalités mises à l'aliénabilité de biens dotaux	216

SECONDE PARTIE

DU REMPLOI CONVENTIONNEL.

CHAPITRE I. — DE L'INSERTION DANS LE CONTRAT DE MARIAGE
D'UNE CLAUSE DE REMPLOI.

71. — La clause de remploi est un complément naturel de la stipulation permettant d'aliéner les biens dotaux.	219
72. — Mais elle ne peut se sous-entendre ; il est nécessaire qu'elle soit formulée	221

Numéros	Pages
73. — Quelles personnes peuvent la stipuler ?	221
74. — Son effet à l'égard des tiers donateurs	221
75. — En quels termes elle doit être stipulée	222
76. — Quid de la clause permettant au mari d'aliéner les biens dotaux à charge de les assurer et reconnaître ?	223
77. — La stipulation qui déclare les immeubles dotaux aliénables, moyennant un remplacement en immeubles, ou une garantie hypothécaire, ou une reconnaissance sur les biens du mari, équivaut-elle à une condition de emploi opposable aux tiers ?	224
78. — La Cour de Paris a jugé la négative	225
79. — Critique de cette décision et adoption de l'affirmative	225
80. — Utilité de stipuler une dispense de emploi pour les alié- nations de minime importance.	228
81. — Dangers de la clause autorisant les époux à prélever sur les biens dotaux une somme déterminée sans faire emploi.	228
82. — Les futurs conjoints peuvent-ils se réserver la faculté d'hypothéquer, les immeubles dotaux à charge de rem- ploi ? Benech soutient la négative	229
83. — Rejet de cette opinion.	230
84. — Mais il est nécessaire que le contrat de mariage contienne sur ce point une disposition formelle	231
85. — Quid s'il permet de vendre, échanger, hypothéquer les biens dotaux à charge d'un remplacement en immeubles ?	231

CHAPITRE II. — DE L'EXÉCUTION DU REMPLOI.

SECTION I. — *Qui peut exiger le emploi.*

86. — La femme peut exiger le emploi même pendant la durée du mariage	234
87. — Si le mari s'y refuse elle peut se faire autoriser par justice à l'effectuer elle-même.	235
88. — Ce refus suffirait-il pour lui permettre d'intenter une demande en séparation de biens. Exposé de l'affirmative.	236
89. — Critique de ce système	237

Numéros	Pages
90. — Le tiers acheteur du fonds dotal peut aussi demander l'exécution du emploi et à son défaut consigner son prix.	237
91. — Autres tiers en droit d'exiger la réalisation du emploi	238

SECTION II. — *Qui peut faire le emploi.*

92. — Le droit de faire le emploi appartient à celui des deux époux, qui l'administration des biens dotaux à moins que le contrat de mariage n'en décide autrement.	239
---	-----

SECTION III. — *Formes du emploi.*

93. — Le emploi peut être fait par acte authentique ou sous-seing-privé	240
94. — Les déclarations relatives à l'origine et à la destination des deniers, sont-elles nécessaires à sa validité ? Exposé de la négative.	241 241
95. — Exposé et adoption de l'affirmative.	241
96. — Ces déclarations doivent être faites <i>in continenti</i>	242
97. — Objections à cette doctrine, tirée de l'ancien droit et de l'article 1595. Réponse à ces objections.	243
98. — L'accomplissement des prescriptions de l'article 1434 deviendrait inutile si le contrat de mariage désignait suffisamment l'immeuble qui devrait être acquis en emploi	245
99. — L'acceptation de la femme est-elle nécessaire à la perfection du emploi ?	246
100. — Exposé de la négative.	246
101. — Exposé de l'affirmative.	247
102. — L'acceptation de la femme nécessaire en principe, ne le sera plus si le contrat de mariage confère au mari le pouvoir d'aliéner seul à charge de emploi.	249
102 bis. — Conséquences de ces différents systèmes.	256
103. — Cette acceptation n'est assujettie à aucune forme particulière.	257
104. — Elle peut se faire même par acte séparé.	258

Numéros	Pages
105. — Il n'est pas indispensable qu'elle soit autorisée par le mari.	258
106. — L'opération du remploi reste en suspens tant que la femme n'a pas pris parti.	259
107. — Inconvénients qui peuvent résulter de ce droit d'option. Moyens d'y remédier	260
108. — Le mari ou le tiers acquéreur peuvent-ils mettre la femme en demeure de se prononcer, et si elle refuse faire approuver le remploi par les tribunaux? Controverse	261
109. — Lorsque l'épouse a accepté le remploi, son acceptation peut être révoquée si ce remploi n'est pas suffisant.	262

SECTION IV. — *Quelles conditions doivent réunir les biens acquis à titre de remploi*

110. — Les futurs époux sont libres de prescrire en quels biens le remploi devra être effectué.	263
111. — En principe il pourra se faire en immeubles, en actions de la banque de France immobilisées ou en rentes 3 p. 0/0 sur l'État Français.	265
112. — Ces deux derniers modes de remploi pourraient être exclus par une « clause contraire » ; que faut-il entendre par « clause contraire » ?	266
113. — Les biens acquis à titre de remplacement doivent procurer à l'épouse une entière sécurité.	268
114. — Mais il n'est pas nécessaire qu'ils appartiennent à un tiers.	269
115. — Toutefois les immeubles paraphernaux de la femme ne sauraient être utilisés à cet effet	270
116. — L'affectation des valeurs dotales à l'établissement des enfants, ou au payement des dettes de la femme antérieures au mariage ou grevant des successions qui lui sont échues, constitue-t-elle un remploi suffisant ?	272
117. — Exposé et adoption de la négative.	272
118. — Quid si ce mode de remploi est approuvé par la justice ?	274

Numéros	Pages
119. — Le remploi ne peut être fait en rente viagère a moins d'une disposition spéciale du contrat de mariage.	275
120. — Le bien acquis en remploi doit être d'une valeur égale à celle de l'immeuble aliéné	276
121. — A qui incombent les frais du remploi	277

SECTION V. — *Quand le remploi doit-il être fait ?*

122. — Du cas où le contrat de mariage fixe un délai pour son exécution.	278
123. — Le remploi anticipé doit-il être considéré comme valable ? Adoption de l'affirmative.	280
124. — Inconvénients qui peuvent résulter de ce remploi	281
125. — Le remploi serait-il possible dans l'intervalle qui sépare le contrat de la célébration du mariage ?	282
126. — Le remploi peut-il être exécuté après la dissolution du mariage ? Exposé de la négative	284
127. — Exposé et adoption de l'affirmative.	285
128. — Le remploi est-il encore possible après la séparation de biens ? Exposé de la négative	293
129. — Exposé et adoption de l'affirmative	294

SECTION VI. — *Effets du remploi.*

130. — L'immeuble acquis en remploi revêt le caractère juridique de celui dont il occupe la place.	296
131. — S'il est revendu, l'excédent du prix de revente sur le prix d'acquisition sera dotal et devra être remployé.	297
132. — L'exécution du remploi libère le mari et les tiers, si ce remploi est suffisant et régulier	297

CHAPITRE III. — DES CONSÉQUENCES DE L'INEXÉCUTION DU
REMPLOI.

133. — Recours appartenant à la femme par suite de cette inexécution	299
134. — Elle peut se faire indemniser par le tiers acquéreur	299
135. — Elle peut aussi recourir contre le mari	301

Numéros	Pages
136. — Son action contre le mari est une action directe et non pas subsidiaire.	303
137. — Il en est de même son action contre les tiers	303
138. — Elle a le choix entre les deux.	303
139. — Conséquences de ce droit d'option.	304

SECTION I. — *Conséquences de l'inexécution du remploi par rapport aux tiers.*

§ 1. — Étendue de leur responsabilité.

140. — Le tiers acquéreur n'est pas seulement garant de l'existence, mais de l'utilité du remploi	304
141. — Toutefois il ne répond pas des baisses de valeur ou des causes d'éviction survenues postérieurement à la réalisation de ce remploi	306
142. — La diligence dont il est tenu doit être appréciée moins rigoureusement que celle qui incombe au mari.	306
143. — Sa responsabilité peut être atténuée par le contrat de mariage.	307
144. — Clause portant que les tiers seront seulement garants de la matérialité du remploi et ne répondront pas de son utilité.	307
145. — Interprétation donnée à cette clause par la jurisprudence.	307
146. — Critique de cette interprétation.	309
147. — En présence des exigences des tribunaux les futurs époux qui veulent exonérer les tiers de toute responsabilité feront bien de le dire d'une façon expresse et non équivoque.	311
148. — L'acquéreur responsable du remploi peut à moins de clause contraire refuser de payer son prix tant que ce remploi n'aura pas été effectué.	312
149. — Il peut également le déposer à la caisse des dépôts et consignations.	312
150. — Ce dépôt suffit-il à l'exonérer de l'obligation de surveiller le remploi qui sera fait ultérieurement? Exposé de l'affirmative.	313

Numéros	Pages
151. — Exposé et adoption de la négative.	314
152. — L'obligation de surveiller le emploi incombe-t-elle à l'ex- propriant pour cause d'utilité publique?	315
153. — Tiers exposés aux poursuites de la femme lorsque la dot consiste en titres négociables à la Bourse.	316
154. — Responsabilité de la Banque de France	317
155. — Responsabilité des sociétés ayant émis des actions ou obligations frappées de dotalité	318
156. — Responsabilité des agents de change.	319
157. — Leur responsabilité professionnelle est hors de cause.	319
158. — Mais ils sont obligés comme mandataires des parties	320
159. — Sont-ils tenus de vérifier la capacité de leurs clients.	321
160. — Leur assimilation avec le tiers détenteur des immeubles dotaux	322
161. — La responsabilité des agents de change n'exclut pas celle des sociétés ayant ainsi les titres négociés à moins de stipulation contraire.	323
162. — Ces sociétés ne peuvent elles-mêmes dégager leur res- ponsabilité en insérant à cet effet une clause spéciale dans leurs statuts.	323
163. — Le vendeur de l'immeuble acquis en remplacement est-il responsable du emploi?	324
164. — Exposé et adoption de la négative.	324

§ 2. — Recours de la femme contre les tiers.

165. — Elle peut faire annuler la vente du fonds dotal ou récla- mer un second paiement	326
---	-----

a. Exercice de l'action en nullité.

166. — Caractères de cette action	327
167. — Sous le régime dotal pur, elle peut être exercée par le mari avant la séparation de biens et par la femme ensuite...	327
168. — Elle appartient aussi aux héritiers de la femme, à ses créanciers hypothécaires	327

Numéros	Pages
169. — Et même à ses créanciers chirographaires	328
170. — Mais elle ne peut être intentée par le tiers acheteur des biens dotaux.	329
171. — Faut-il appliquer les mêmes solutions au régime dotal adouci par une clause permettant l'aliénabilité de la dot?	329
172. — Le mari avant la séparation de biens aura-t-il l'exercice de l'action en nullité? Exposé de la négative	330
173. — Exposé et adoption de l'affirmative.	331
175. — Mais cette action du mari ne sera transmissible ni à ses héritiers, ni à ses créanciers.	333
176. — Il en sera différemment des recours appartenant à la femme	333
177. — Dans tous les cas l'acquéreur du bien dotal ne pourra demander la nullité de l'aliénation non suivi de remploi.	334
178. — Il pourra seulement répéter son prix s'il l'a payé.	334
179. — Fins de non recevoir lui appartenant	334
180. — Pourra-t-il arrêter les poursuites dirigées contre lui, en offrant de payer son prix une seconde fois.	335
181. — S'il lui est impossible d'opposer aucune fin de non-recevoir à l'action de la femme il devra rendre le bien dotal.	336
182. — A partir de quelle époque sera-t-il tenu de restituer les fruits	337
183. — L'acheteur évincé peut exercer un recours contre le mari.	338
184. — Et même contre la femme.	339
185. — Cette dernière est tenue d'une obligation de garantie si elle a cautionné la vente du fonds dotal sur ses paraphernaux.	339

b. Exercice de l'action en payement.

186. — Cette action est un nouveau moyen offert à la femme pour se faire indemniser	340
187. — Quelles personnes peuvent l'intenter?	341
188. — Pendant combien de temps?	341
189. — Situation de l'acheteur poursuivi.	342
190. — Son recours contre la femme et le mari.	342

SECTION II. — *Conséquences de l'inexécution du remploi par rapport au mari.*

§ 1. — *Etendue de sa responsabilité.*

Numéros	Pages
191. — Le mari chargé de l'exécution du remploi doit y apporter les soins d'un bon père de famille.	343
192. — A quelle époque faudra-t-il se placer pour apprécier l'utilité du remploi.	343
193. — S'il n'est pas suffisant le mari pourra être condamné à des dommages-intérêts	344
194. — Comment se fera le calcul de ces dommages-intérêts ? .	345
195. — A quelle époque faudra-t-il se reporter pour le faire. .	346

§ 2. — *Recours de la femme.*

196. — Ses droits pendant la durée du mariage	346
197. — Caractères de l'action qui lui appartient contre son mari.	347
198. — Cette action est munie d'une hypothèque légale. . . .	347
199. — Cette hypothèque remonte-t-elle au jour de la célébration du mariage? La jurisprudence admet l'affirmative.	348
200. — Exposé de la négative	349
201. — Adoption de la négative.	352

CHAPITRE IV. — LES REMPLOIS DANS LA PRATIQUE. FORMULES
DE REMploi.

202. — Défauts que présentent en général les formules de remploi	354
203. — Formule de remploi adoptée par la Chambre des notaires de Paris.	356
204. — Critique de cette formule	362
205. — Formule proposée.	363
CONCLUSION	372

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — Le *concubinatus* n'avait avant Auguste aucun caractère légal.
- II. — Il devint à partir des lois caducaires un mariage *sui generis*.
- III. — A l'époque classique, les enfants issus du concubinat n'ont pas de père certain.
- IV. — Il n'existe entre eux et leur auteur paternel aucun droit de succession *ab intestat*.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT CIVIL

- I. — La faculté d'aliéner le fonds dotal peut être stipulée dans le contrat de mariage par la femme en état de minorité.

- II. — Cette faculté d'aliéner le fonds dotal n'emporte pas celle de l'hypothéquer.
- III. — La réserve d'aliéner et d'hypothéquer les biens dotaux ne suffit pas pour permettre à la femme de renoncer à son hypothèque légale.
- IV. — Les futurs conjoints peuvent se réserver la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux à charge de remploi.
- V. — Sous le régime dotal, l'emploi est encore possible après la séparation de biens et même après la dissolution du mariage.
- VI. — L'affectation des valeurs dotales au payement des dettes de la femme antérieures au mariage ou grevant des successions qui lui sont échues ne constitue pas un remploi suffisant.
- VII. — L'hypothèque légale de la femme pour le défaut de remploi de ses biens dotaux aliénés remonte seulement au jour de l'aliénation.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — La possibilité d'une cohabitation physique était nécessaire à la formation du mariage romain.
- II. — Le mariage contracté au mépris des prohibitions des lois Julia et Pappia Poppæa était nul même avant Marc-Aurèle.

- III. — L'inscription de la dette sur le codex du débiteur n'était pas nécessaire à la formation du contrat litteris.
- IV. — L'action de dol était subsidiaire.

DROIT CIVIL

- I. — Le mari qui achète un immeuble pour remplacer un bien de sa femme précédemment aliéné accomplit un acte de gestion d'affaires.
- II. — La constitution de dot est un acte à titre gratuit.
- III. — La promesse synallagmatique de vente transfère la propriété à l'acheteur du jour où elle a été faite.
- IV. — La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège.

DROIT COMMERCIAL

- I. — L'autorisation de justice ne peut suppléer l'autorisation maritale pour habiliter la femme à faire le commerce.
- II. — Le porteur est propriétaire de la provision affectée au paiement de la lettre de change.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — Le Sénat a le droit de rétablir dans les lois de finances les crédits supprimés par la Chambre des Députés.

DROIT CRIMINEL

- I. — La Cour d'assises peut accorder des circonstances atténuantes en matière criminelle lorsque l'accusé est jugé par contumace.
- II. — La faillite doit avoir été préalablement déclarée par le tribunal de commerce pour que la poursuite du crime ou du délit de banqueroute puisse avoir lieu.
-

Vu : le Président de la thèse,
BOISTEL.

Vu : le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD.

IMPRIMERIE DE L'OUEST, E. SOUDÉE, MAYENNE
